Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß, insbesondere bei Monopolen.

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Hergt
aus Schlangenbad
Amtsgerichtsrat am Amtsgericht Kirchen a. d. Sieg.

Approbiert am 22. Januar 1931.

Erlangen
Gutenberg-Druckerei (Reinhold & Limmert)
1931.

Referent:
Herr Universitäts-Professor Dr. Eugen Locher.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Inhalt.

Schrifttum 7

Einleitung.

§ 1. Das Problem 11

1. Hauptteil.

Begriff und Wesen von Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß.

§ 2. Die Vertragsfreiheit 16
§ 3. Der Zwang zum Vertragsabschluß (Kontrahierungszwang) . 21

2. Hauptteil.

Die einzelnen Fälle des Zwangs zum Vertragsabschluß.

§ 4. I. Der Zwang zum Vertragsabschluß im früheren Recht . . 37
II. Der Zwang zum Vertragsabschluß im geltenden Recht, . 39
und zwar
a) auf Grund besonderer Vorschriften:
§ 5. Gesetz, Verordnung und Verfügung 41
§ 6. Autonome Satzung 51
§ 7. Staatlich bestätigte rechtssetzende Vereinbarung Privater. 52
§ 8. b) auf Grund der allgemeinen Vorschrift des § 826 BGB. . 53
§ 9. c) auf Grund von Gewohnheitsrecht (d. i. bei Monopolen) . 65

Schrifttum.

A.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren. In Jherings Jahrb. Bd. 32, S. 267—322, Jena 1893.

Blumenthal: Der Zwangsvertrag. Diss. Göttingen 1925.

Boeckler: Die Behandlung von Monopolen im Verkehrsrecht in „Verkehrsrechtliche Rundschau" 1921/22 S. 261 ff.

Böhmer: Besprechung von Nipperdeys Kontrahierungszwang in Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 87, S. 214 ff., Stuttgart 1923.

Bosserhof: Die Vertragsfreiheit bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsvertrags. Diss. Köln 1924.

Bovensiepen: Artikel „Analogie und per argumentum e contrario" in Handw.-Buch der Rechtswissensch. herausg. von Stier-Somlo u. A., Bd. I, S. 133 ff., Berlin 1926.

Brandis: Die Rechtsstellung der Hamburger Kaiverwaltung. Diss. Erlangen 1923.

Bruns: Kleinere Schriften, Bd. II, Weimar 1882.

Bülow: Dispositives Ziv.-Recht und die verbindl. Kraft der Rechtsordnung, in Arch. f. ziv. Praxis, neue Folge, Bd. 14, 1881.

Eckstein: Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Versicherungsr. Ztschr. f. d. ges. Versicherungswissensch. 1928, S. 167 f.

Eger: Das Reichsgericht und die Kartelle in „Die Reichsgerichtspraxis und das Rechtsleben" herausgegeb. von Otto Schreiber, Bd. 4, S. 231 ff., Berlin 1929.

Ehrenberg: Freiheit und Zwang auf dem Gebiete des Verkehrsrechts. Rede Göttingen 1905.

Elster: Artikel „Kontrahierungszwang" im Handw.-Buch der Rechtswissenschaft, herausg. v. Stier-Somlo u. A. Bd. III, S. 700 ff., Berlin 1928.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage, 1906.

Enneccerus, Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I, 1. Abt. 13. Bearb. v. Nipperdey, 35/39. Aufl., Marburg 1931. Bd. I, 2. Abt., 10. Bearb. 28/30. Aufl., Marburg 1928. Bd. II, 1. Abt., 8. Bearb. Marburg 1929. Bd. II, 2. Abt., 6. Bearb. Marburg 1928. Bd. II, 3. Abt., 7. Bearb. Marburg 1928.

Freeden, v.:	Wirtschaftl. Monopole und bürgerlich-rechtliche Vertragsfreiheit. Diss. Heidelberg 1923.
Fürst:	Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften in L.Z. 1910, S. 177 ff.
Fuld:	Monopole und Kontrahierungszwang, in „Das Recht" 1906, S. 1187.
Fuld:	Monopole und Kontrahierungszwang, in „Soz. Praxis" 1906, Nr. 49, S. 1270.
Fuld:	Kontrahierungszwang im Verkehrsgewerbe, in „Versicherung und Geldwirtschaft" 1927, Nr. 29, S. 261 ff.
Genest:	Der Kontrahierzwang. Diss. Greifswald 1919.
Gierke, v.:	Deutsches Privatrecht, Bd. III, Schuldrecht, 1917.
Hedemann:	Das bürgerl. Recht und die neue Zeit, 1919 („Neue Zeit").
Hedemann:	Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929 („Wirtschaftsrecht").
Hellwig:	Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hirsch:	Zur Frage des Kontrahierungszwanges, in „Holdheims Monatsschr." 1905, S. 76.
Hergt, Alb.:	Die Gefährdungshaftung im geltenden Recht. Diss. Marburg 1930.
Hummel:	Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang. Diss. Tübingen 1922.
Jakobi:	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
Jhering:	Der Zweck im Recht, Bd. II, Leipzig 1883.
Isay, Rud.:	Kontrahierungszwang für Monopole? in „Kart. Rundsch." 1929, Heft 7.
Krückmann:	Der Boykott im Lohnkampf, Leipzig 1918.
Kübler:	Geschichte des röm. Rechts, Leipzig 1925.
Laband:	Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5. Aufl., Leipzig und Tübingen 1911/14.
Liefmann:	Kartelle, Konzerne und Trusts, Stuttgart 1927.
Meili:	Das Telefonrecht, Leipzig 1885.
Meisner:	Die Rechtsprechung des RG. zur Gefährdungshaftung (Explosion u. a.), in J. W., 1922, S. 766.
Mertens:	Über Kontrahierungszwang. Diss. Breslau 1929.
Molitor:	Zur Theorie des Vertragszwangs, in Jher. Jahrb. Bd. 73, S. 1—32, Jena 1923.
Niessen:	Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag, Berlin 1925.
Nipperdey:	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920 (mit Nipperdey ohne Zusatz zitiert).
Nipperdey:	Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, Mannheim 1929. (Nipperdey „Stromsperre"

Oertmann: BGB. Allg. Teil, Berlin 1927.
BGB. Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928.

Opet: Deutsches Theaterrecht, Berlin 1897.

Pappenheim: Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in „Festschr. f. Georg Cohn", S. 291—301, Zürich 1915.

Planck: Komm. zum BGB. I. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913.
II. Bd., 2. Hälfte, Berlin 1928.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB., 6. Aufl., Berlin 1928.

Rosenfeld: Diktierte Verträge. Diss. Berlin 1925.

Schönbauer: Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts, München 1929, 12. Heft der Münchener Beitr. zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, herausg. von Wenger und Otto.

Schönbauer: Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis, in Ztschr. der Savigny-Stiftung, röm. Abt., Bd. 45, S. 352 ff., Bd. 46, S. 181 ff.

Schreiber: Der Kontrahierungszwang, in „Modern-Wirtschaftl. Rechtsfragen", S. 22 ff., Wien 1906.

Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in Jherings Jahrb., Bd. 70, S. 223 ff., Jena 1921.

Stammler: Lehrb. d. Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1923. („Lehrbuch").

Stammler: Art. „Recht" im Handwörterb. der Staatswissensch., herausg. v. Stier-Somlo u. A., 4. Aufl., 6. Bd., Jena 1925. („Recht").

Stampe: Aus einem Freirechtslehrbuch, in „Arch. f. ziv. Praxis", Bd. 108, S. 42 ff., Tübingen 1912.

Staub: Komm. zum HGB., 12.—13. Aufl., Berlin 1926.

Staudinger: Komm. zum BGB., 9. Aufl., München 1925/30.

Stobbe: Die Juden im Mittelalter, 1866.

Stobbe: Handb. d. deutsch. Privatrechts, 2. Bd., 2. Aufl., Berlin 1883. 3. Bd., 2. Aufl., Berlin 1885.

Stoll, Hch.: Vertragsfreiheit, in „Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", herausg. v. Nipperdey, Bd. 3, S. 175 ff., Berlin 1930.

Wimpfheimer: Kontrahierungszwang und Monopole, in Kart. R. 1929, Heft 1 und als Sonderdruck Berlin 1929.

Zürcher: Die Grenzen der Vertragsfreiheit. Diss. Zürich 1902.

B.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts. (Jher. Jahrb.) Verlag Fischer, Jena.

Juristische Wochenschrift (J.W.), herausg. vom Deutschen Anwaltsverein. Verlag Moeser, Leipzig.

Kartell-Rundschau (Kart. R.), Verlag Heymann, Berlin.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (L.Z.), Verlag Schweitzer, München.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, röm. Abt. (Z. S. S.), Verlag Böhlau Nachf., Weimar.

Die Werke sind im Text nur mit dem Namen ihres Verfassers bezeichnet; bei mehreren Werken eines Verfassers sind die in Klammern angegebenen Abkürzungen hinzugefügt. Bei den Entscheidungssammlungen und Zeitschriften sind die in Klammern angeführten Abkürzungen verwendet. — Gesetzesbestimmungen ohne Zusatz sind solche des BGB.

Einleitung.

§ 1.

Das Problem.

I.

„Die rechtliche Ordnung gehört zu der Form des sozialen Lebens. Sie erschafft dieses nicht, so daß sie ihm zeitlich voranginge und es hervorrufe wie der Blitz den Donnerschlag, sondern sie ist das bedingende Merkmal, unter dessen Verwendung menschliches Zusammenleben erst zu einem eigenen Gegenstande wissenschaftlicher Betrachtung nach besonderer allgemeiner Methode uns wird“[1]). Das rechtliche und das wirtschaftliche Leben sind demnach nicht zwei getrennte Teile des sozialen Daseins des Menschen. Recht und Wirtschaft stehen sich nicht als zwei selbständige Gegenstände gegenüber in der Weise, daß das Recht auf die Wirtschaft einwirkte — Verhältnis von Ursache und Wirkung —, noch in der Weise, daß beide in Wechselwirkung zueinander träten. Beide sind vielmehr in sich unselbständig; sie sind „nur notwendig verbundene Elemente eines und desselben Gegenstandes“[2]).

Hieraus ergibt sich als Aufgabe des Rechtes, jede für es bedeutsame Erscheinung der Wirtschaft und der wirtschaftlichen Entwicklung zu erfassen und durch Bestimmungen zu regeln. Das Ansehen des Rechtes müßte leiden, wenn es die Lebensverhältnisse tatsächlich nicht beherrschte. Deshalb muß insbesondere typischen, im Wirtschaftsleben regelmäßig vorkommenden Fällen jedesmal eine Rechtsfigur entsprechen. Diese ändert sich oder entsteht neu, wenn sich in

1) Stammler, in Handwörterb. d. Staatswissenschaften, Bd. 6, S. 1194.
2) Stammler, Rechtsphilosophie, § 56.

der Wirtschaft Änderungen oder Neubildungen vollziehen; denn Änderungen des rechtlich geordneten sozialen Lebens führen auch Änderungen der von ihm bedingten Form herbei.

Solche Um- und Neubildungen in Wirtschaft und Recht erfolgen in der Regel nicht plötzlich von heute auf morgen und bei beiden nicht in gleichem Maße; denn für eine neue Erscheinung im Wirtschaftsleben sind nicht sofort die passenden Rechtssätze vorhanden. Da die beiden Hauptfaktoren, die heutzutage das Recht gestalten, nämlich Gesetzgebung und Rechtsprechung, nicht in gleichem Maße die Fähigkeit besitzen, sich einer neuen Verkehrserscheinung zweckmäßig anzupassen, sucht zuerst die Rechtsprechung, sich allmählich von Rechtsfall zu Rechtsfall weitertastend, die neue Entwickelung des Wirtschaftslebens nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen hin kennen zu lernen und zu meistern. Sie lehnt sich dabei an vorhandene Rechtssätze an, dieselben abändernd und weiterbildend nach dem Geiste des Rechts im allgemeinen oder dem Geiste einzelner Rechtsfiguren. „Es setzen sich an einzelne Rechtszellen neue Zellen an; sie saugen zunächst aus ihnen ihre Nahrung, bis sie mehr oder minder selbständig werden“[1]). Hat sich so in der Hand des Richters das neue Problem geklärt und abgeschliffen, dann greift der Gesetzgeber ein. Oft genug unterbleibt es aber auch und die Weiterbildung des Rechtes vollzieht sich neben dem Gesetz. Es sei hierbei an die Anerkennung und Durchbildung fiduziarischer Verhältnisse — weder das Institut des Treuhänders noch die Sicherungsübereignung ist in einem Gesetzbuch geregelt — erinnert. Auch im Gesellschaftsrecht, das der Rechtsentwicklung besonders ausgesetzt ist, finden sich Beispiele: Legitimationszession, Vorzugsaktien u. a. Die ganze Entwicklung von dem Auftreten der neuen Erscheinung im Wirtschaftsleben bis zum rechtlichen Erfassen derselben hat die Rechtswissenschaft zu fördern. Ihre Aufgabe ist es, das neue Problem rechtzeitig zu erkennen, es zu durchdenken und die Lösung der Fragen von Grund auf herbeizuführen.

---

1) Wimpfheimer, S. 6.

Diese wissenschaftliche Durcharbeitung und Klärung von Rechtsfiguren muß an die „Prinzipien“ anknüpfen, welche die Rechtsordnung beherrschen. Unter solchen kann zweierlei verstanden werden. Einmal sind es „Grundsätze“ an die man sich schlechthin zu halten hat und die auch für den Gesetzgeber eine unverrückbare Richtschnur bei der Aufstellung von Rechtssätzen sind; es sind Rechtsnormen, die durch die Natur selbst, nicht erst durch positive Satzung für die ganze Menschheit verpflichtend sind und unter „Naturrecht“ im objektiven Sinne zusammengefaßt werden. Sie können nur in beschränktem Umfange anerkannt werden und dürfen nur eine „negative Funktion“ ausüben in der Weise, daß sie eine Schranke bilden, die der Gesetzgeber bei der empirisch erfolgenden Regelung der einzelnen Lebensverhältnisse nicht überschreiten darf. Denn würde er zuerst diese Prinzipien aufstellen und daraus deduktiv die erforderlichen Rechtssätze ableiten, so wäre leicht dem zu regelnden Lebensverhältnis nicht in rechtem Maße Rechnung getragen; es könnte vorkommen, daß in manchen Fällen das schutzwürdigste Interesse schutzlos bliebe oder nicht genügend geschützt würde. Zum anderen versteht man unter Prinzipien „Regeln“, die zwar für die meisten Fälle und im Zweifel zutreffen, aber in zahlreichen Fällen auch eine Ausnahme erleiden können (Vgl. hierzu Ehrenberg, S. 9 und Hummel, S. 2).

II.

Eines der bedeutsamsten Prinzipien in letzterem Sinne ist in der liberalistisch-individualistischen Wirtschaftsordnung — die heutige kann man wohl noch so bezeichnen — das Prinzip der Vertragsfreiheit. Das einzelne Rechtssubjekt kann sich an dem Wirtschaftsleben, dem Güterumsatz beteiligen, wann und wie es will. Aber eine derartige Freiheit muß bei der egoistischen Einstellung Vieler notwendigerweise zu einer Gefährdung lebenswichtiger Interessen anderer Rechtssubjekte und damit der Gesamtheit der Rechtsgenossen führen. Dies bildet den Anlaß für einen Eingriff der Gesetzgebung, sodaß man hier mit Jhering (Der Zweck im Recht, Bd. II,

S. 293) von einer vormundschaftlichen Funktion des Rechts sprechen kann. Er kann in doppelter Richtung erfolgen: indem bald der zu Schützende besonderen Bestimmungen unterworfen wird, bald der Andere, mit dem der zu Schützende ein Rechtsverhältnis eingehen will.

Das wichtigste Mittel in dieser Hinsicht ist das Aufstellen eines „Zwanges zum Vertragsabschluß" (d. i. „Kontrahierungszwang"). Durch ihn kann die Rechtsordnung einen Ausgleich widerstreitender Einzelinteressen herbeiführen und den Einzelnen zur Beteiligung am Güterumsatz zwingen. Soweit ein derartiger Zwang zum Vertragsabschluß dem zu Schützenden auferlegt ist, liegt er fast ausschließlich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes; man kann dann nicht von Kontrahierungszwang im eigentlichen Sinne sprechen (Vgl. die näheren Ausführungen S. 35 f.) Deshalb und da die vorliegende Untersuchung sich mit dem Privatrecht befassen soll, kommt für die folgenden Ausführungen nur der — vorwiegend im Privatrecht bestehende — Zwang zum Vertragsabschluß in Betracht, dem der Vertragsgegner des zu Schützenden unterliegt.

Dieser zuletzt genannte Kontrahierungszwang ist schon früheren Rechtsordnungen nicht unbekannt gewesen; er hat mit einer reiferen Ausgestaltung des gewerblichen Lebens immer mehr Bedeutung gewonnen. Denn sein Hauptzweck ist: Schutz der Allgemeinheit gegen allzu egoistische Betätigung Einzelner, und die Gefahr der Unterdrückung wirtschaftlich Schwacher ist umso größer, je komplizierter die Wirtschaftsverhältnisse werden. Zwar wirkt hierbei die freie Konkurrenz einem Machtmißbrauch Einzelner entgegen; sie versagt aber, wo ein wichtiger Gewerbezweig eine monopolartige Stellung erlangt. Weil dann für die Befriedigung eines wirtschaftlichen Bedürfnisses die Abnehmer auf einen bestimmten Unternehmer angewiesen sind, geraten auch solche Kreise der Bevölkerung in Abhängigkeit, die man sonst nicht zu den wirtschaftlich Schwachen zu zählen pflegt. Deshalb hat der Gesetzgeber — wie wir später näher sehen werden — überall da, wo er gesetzlich ein Monopol geschaffen hat, für dasselbe einen Zwang zum Vertragsabschluß festgelegt.

Die neuere wirtschaftliche Entwickelung, zumal die unwiderstehlich fortschreitende Konzentration des Kapitals, hat nun Gebilde geschaffen, die ein Marktgebiet tatsächlich vollkommen beherrschen; sie haben auf demselben ein Monopol erlangt. Dies sind die Kartelle in ihren mannigfachen Erscheinungsformen, den Trusts, Ringen, Syndikaten u. dergl. Hier ist dem einzelnen Abnehmer jede Freiheit des Vertragsabschlusses genommen; die Bedingungen des Vertrages können dem auf diesen angewiesenen Teil in weitem Umfange von der übermächtigen Gegenpartei diktiert werden, ja durch Verweigerung des Vertragsabschlusses können die Abnehmer von lebenswichtigen Gütern ferngehalten werden. Sie sind dem Monopolinhaber in jeder Hinsicht ausgeliefert.

Mit dieser Entwickelung entsteht ein neues Problem. Es erschöpft sich in der Frage: Bedingt das Monopol grundsätzlich den Kontrahierungszwang? und ist eines der bedeutsamsten Probleme des ganzen, heute so sehr im Brennpunkt von Wirtschaft und Recht stehenden Kartellwesens, da alle Kartelle mehr oder weniger auf die Errichtung eines Monopols abzielen. Die Beantwortung dieser Frage ist erforderlich, um die Rechte und Pflichten des Monopolinhabers gegenüber denen seiner Abnehmer abzugrenzen. „Der Monopolinhaber muß wissen, ob er grundsätzlich mit jedem objektiv an der Ware Interessierten abschließen muß oder nicht; der an einer Ware Interessierte, sei es, daß seine wirtschaftliche, seine körperliche oder seine psychische Existenz auf ihr aufgebaut ist, muß wissen, ob er grundsätzlich einen Anspruch auf Bezug der Ware hat oder nicht“ (Wimpfheimer, S. 5). Und nur dadurch, daß der Inhaber eines tatsächlichen Monopols genau wie bei dem gesetzlichen Monopol einem Zwange zum Vertragsabschluß (Kontrahierungszwang) unterworfen wird, kann ein Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung und eine Ausbeutung der auf die monopolisierte Ware Angewiesenen verhindert werden.

III.

Die Lösung des Problems kann nicht durch den Hinweis auf eine Gesetzesbestimmung erfolgen; eine solche gibt es

nicht. Deshalb ist es Aufgabe der Wissenschaft, in der oben angedeuteten Weise an Hand der Rechtsprechung nach dem Geiste des Rechts und seiner Figuren festzustellen, ob der Vertragsabschlußzwang für Monopole sich „zwischen den Maschen des Gesetzes" (praeter legem) entwickelt und Anerkennung verschafft hat, ob er ganz allgemein ein Grundsatz des geltenden deutschen Rechtes ist. Zu diesem Zweck ist es zunächst erforderlich, den Begriff und das Wesen von Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß herauszuarbeiten, dann die in der bestehenden Rechtsordnung vorkommenden Fälle der Rechtsfigur des Kontrahierungszwanges zu ermitteln, um aus ihnen die gemeinsamen rechtlichen und wirtschaftlichen Grundgedanken zu erkennen. Dann ist es möglich, nach einer Begriffsbestimmung des Monopols die oben gestellte Frage zu beantworten.

1. Hauptteil.

Begriff und Wesen von Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsabschluß.

§ 2.
Die Vertragsfreiheit.

I.

Die Reichsverfassung vom 11. August 1919 stellt in Artikel 152, Abs. 1 als Grundsatz — in dem oben angegebenen Sinne von auch Ausnahmen nicht ausschließenden Regeln — auf:

> „Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze."

Quelle der Vertragsfreiheit ist damit nicht die Reichsverfassung[1]), da sie ja nur, was nicht bezweifelt wird, besagt,

1) Vgl. Siber, S. 225. A. A. Stoll, S. 183, der den Art. 152 RV. heute als Quelle des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bezeichnet. Er räumt ihm damit eine größere Bedeutung ein, als ihm zukommt. Jedoch besteht m. E. kein prinzipieller Unterschied mit Siber; denn Stoll führt selbst aus, Art. 152 RV. stelle als Norm den Grundsatz der Vertragsfreiheit auf, der voher schon allgemein anerkannt gewesen, aber nur noch nicht

daß Verträge „nach Maßgabe der Gesetze“ gültig sind. „Dies hat natürlich von jeher gegolten und gilt auch weiterhin nicht nur im Wirtschaftsverkehr, von dem Art. 152 Abs. 1 RV. allein spricht, sondern ebenso gut auf allen anderen Rechtsgebieten“ (Siber, S. 225). Das allgemeine Prinzip der Vertragsfreiheit ist vielmehr nirgends im Gesetz wörtlich festgelegt; trotzdem kann gesagt werden, daß das Gesetz mit der Vertragsfreiheit rechnet [1]). Die Rechtsprechung hat auch nie Zweifel geäußert und sich auf den Boden der Anerkennung der Vertragsfreiheit gestellt [2]). Was ist nun Vertragsfreiheit?

II.

Das Wort kann in dreifachem Sinne verstanden werden. Es bedeutet:

1. daß jedes Rechtssubjekt es je nach seiner Willensentschließung in der Hand hat, ob und wann es mit anderen Rechtssubjekten Rechtsbeziehungen eingehen will. Dies ist die Abschlußfreiheit, deren notwendige Folge auch das Recht zur Auswahl des Vertragspartners ist. Denn wenn es in jemandes Macht steht, abzuschließen oder nicht, kann er auch abschließen, mit wem er will.
2. Daß jedes Rechtssubjekt, wenn es einen Vertrag schließt, das, was das Rechtsgeschäft enthalten soll, also den Inhalt des Vertrages, nach seinem Ermessen bestimmen kann. Dies ist die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung oder Vertragsfreiheit im engeren Sinne. Die Vertragsparteien können nach ihrem Belieben Leistung und Gegenleistung bestimmen, sie können die ihnen zweckmäßig erscheinende Vertragsform wählen und über Erfüllungsort, Erfüllungszeit, den Grad der Haftung,

---

unmittelbar positiv ausgesprochen worden sei. Dabei beachtet Stoll nicht genügend, daß Art. 152 RV. nur vom Wirtschaftsverkehr spricht.

1) Bestimmungen wie § 241 und § 305 BGB. wären sonst nicht verständlich; auch müßte die Überschrift des 7. Abschnitts im 2. Buche des BGB. „die einzelnen Schuldverhältnisse“ und nicht „einzelne Schuldverhältnisse“ lauten (Vgl. Staudinger, Ziff. 2 d der Einleitg. vor § 433); dagegen sprechen die Motive zum BGB. Bd. II. S. 321 ausdrücklich von Vertragsfreiheit.

2) Vgl. J. W. 1903, Beilage S. 42.

Schadensersatz und dergl. Verabredungen treffen. Die Inhaltsfreiheit umfaßt auch die sog. Typenfreiheit. Unter ihr ist das Recht zu verstehen, die Vertragsarten, welche sich im Rechtsleben herausgebildet und im Gesetz eine Regelung erfahren haben, durch weitere, den besonderen Parteiverhältnissen entsprechende Typen zu vermehren. Bei der bunten Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens und der Verschiedenartigkeit der wirtschaftlichen Bedürfnisse kann das Gesetz nicht alle möglicherweise vorkommenden Fälle erfassen; es muß sich deshalb damit begnügen, die am häufigsten vorkommenden Vertragsarten aufzunehmen und den beiderseitigen Interessen möglichst gerecht werdende Bestimmungen treffen. Die Parteien haben dann die Möglichkeit, diese nach ihrem besonderen Interesse abzuändern oder überhaupt eine neue Vertragsart zu schaffen.

3. Daß die Rechtssubjekte das Recht haben, den abgeschlossenen Vertrag später abzuändern oder aufzuheben. Dies ist die Freiheit in der Verfügungsmacht über die hergestellten Vertragsbeziehungen, auch Abänderungs- und Lösungsfreiheit genannt. Wenn Freiheit zum Abschluß von Verträgen und für ihre inhaltliche Gestaltung besteht, ist es folgerichtig, dem Vertragspartner die Abänderung und Aufhebung der Vereinbarungen zu ermöglichen.

Da, wie bereits dargelegt, die Vertragsfreiheit nur innerhalb der Schranken des Gesetzes besteht, kann sie somit folgendermaßen bestimmt werden:

> Vertragsfreiheit ist die den einzelnen Rechtssubjekten innerhalb der Schranken des Gesetzes zustehende Befugnis, Verträge abzuschließen, wann und mit wem sie wollen, ihren Inhalt nach Belieben zu gestalten und über die spätere Abänderung und Aufhebung frei zu befinden.

III.

Diese Begriffsbestimmung deckt sich nicht mit dem, was im Schrifttum vielfach unter Vertragsfreiheit verstanden wird.

So sprechen Enneccerus, Bd. I, 2 § 251, 2 S. 89 und Staudinger, Bd. II, 1, Bem. 7 vor § 241, S. 14 nur von Typenfreiheit; der gleichen Ansicht ist Zürcher, wenn er S. 9 als Wesen der Vertragsfreiheit das bezeichnet, was Bülow S. 49 als Wesen des dispositiven Rechtsaktes erkennt, nämlich: „keine rechtliche Ungebundenheit, keine Möglichkeit, vom Rechte abzuweichen, keine mutatio iuris — sondern eine von der Rechtsordnung selber dem Einzelnen erteilte Ermächtigung, von Rechts wegen und mit Rechtskraft rechtliche Bestimmungen zu treffen". Dagegen bringen Ehrenberg S. 4 u. 5 und Blumenthal S. 10 unter den Begriff Vertragsfreiheit schon etwas mehr: die Abschluß- und die Inhaltsfreiheit, während die auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruhenden Gestaltungsmöglichkeiten in dem oben herausgearbeiteten Umfange (Abschluß-, Inhalts-, Abänderungs- und Lösungsfreiheit) von Nipperdey S. 3 Anm. 6, Hummel S. 9 und Mertens S. 3 aufgeführt werden. Auch Stoll nennt S. 176 diese drei Arten der Vertragsfreiheit; er lehnt es aber ab, die Abänderungsfreiheit (Verzichtsfreiheit) als besondere Art zu unterscheiden. Er sieht in letzterer einen Ausfluß der Gestaltungsfreiheit (Typenfreiheit), sodaß er nur Abschlußfreiheit und Gestaltungsfreiheit trennt.

Schon allein weil im Wirtschaftsleben die Vertragschließenden sich nicht immer „waffengleich" gegenüberstehen, könnten bei einer unbegrenzt herrschenden Vertragsfreiheit Schädigungen der Gesamtheit nicht verhindert werden. Die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit — Verbot sittenwidriger Geschäfte, des Wuchers u. dgl. — sind hierzu nicht hinreichend; deshalb kommt die Rechtsordnung ohne besondere Einschränkungen der Vertragsfreiheit nicht aus. Dies kann entsprechend den verschiedenen Ausstrahlungen der Vertragsfreiheit in mehrfacher Weise geschehen, positiv und negativ, durch das Gegenteil von Freiheit: den Zwang.

Eine negative Beschränkung der Abschlußfreiheit liegt vor bei dem Verbot des Abschlusses von Verträgen (z. B. Verbot der Frauen- und Kinderarbeit gemäß d. Gew. O. § 135 ff., § 146 Nr. 2, § 148 Nr. 7 d; Gesetz betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben von 30. 3. 03 [S. 113]), während eine

negative Beschränkung der Inhaltsfreiheit in einzelnen Vorschriften des Arbeiterschutzes zu sehen ist (z. B. keine ungleiche Kündigungsfrist für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in § 67 HGB.) und die Vorschriften über die Erschwerung der Kündigung bei Betriebsratsmitgliedern (§ 96 Betr.R.Ges. vom 4. 2. 1920 (S. 147) mit den Änderungen der Gesetze vom 12. 5. 20, 31. 12. 20, 29. 4. 23 und 28. 2. 28) ein Beispiel für die negative Einschränkung der Lösungsfreiheit darstellen. Dagegen sind Eingriffe von außen in den Vertrag (z. B. § 343 BGB.: Herabsetzung der Vertragsstrafe, § 655 BGB.: Herabsetzung eines zu hohen Mäklerlohns, und § 83 Betr. R.Ges.) eine positive Beschränkung der Abänderungs- und Lösungsfreiheit; man kann hier mit Nipperdey (S. 154 ff.) vom „korrigierten" und „kassierten" Vertrag sprechen. Eine positive Beschränkung der Inhaltsfreiheit liegt bei dem „diktierten Vertrag" vor, wie ihn Nipperdey (S. 7) im Anschluß an Hedemann (S. 17 und Anm. 27) genannt hat; es sei hierbei an die zahlreichen Beispiele aus dem Arbeitsrecht, besonders an die Bedeutung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages für die Mitglieder der Tarifparteien selbst und die Außenseiter (§ 2 Tar. Vertr. Verordnung vom 23. 12. 1918 in der Fassung vom 1. 3. 1928 [I, S. 47]) erinnert („Unabdingbarkeit"). Schließlich ist die positive Beschränkung der Abschlußfreiheit der „Zwang zum Vertragsabschluß", auch Kontrahierungszwang genannt; er soll des näheren Gegenstand der folgenden Erörterung sein. Hierbei besteht folgende Schwierigkeit:

Wie bei der Vertragsfreiheit Abschluß-, Inhalts- und Lösungsfreiheit häufig nicht voneinander zu trennen sind, erfolgt auch vielfach das Einschränken dieser Ausstrahlungen nicht einzeln für sich. Denn was nützt es, einem Rechtssubjekt einen Abschlußzwang aufzuerlegen, wenn es den Vertragsinhalt nach seinem Belieben gestalten und es so durch schwerere Bedingungen dem Vertragsgegner tatsächlich unmöglich machen kann, einen Vertrag abzuschließen? Ebenso leicht versagt der Abschlußzwang ohne eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten. Desgleichen ist mitunter eine Beschränkung lediglich der Inhaltsfreiheit zwecklos, ohne daß

zugleich ein Zwang zum Abschluß mit den bestimmten Richtlinien festgesetzt wird; denn dann würden sich viele überhaupt nicht zu einem Vertragsabschluß bereit finden und das Gegenteil des erstrebten Erfolges wäre erreicht. Deshalb müssen bei den folgenden Ausführungen alle Fälle berücksichtigt werden, bei denen ein Abschlußzwang besteht, sei es allein für sich oder mit Beschränkungen der Inhalts- oder Lösungsfreiheit, und es ist nicht möglich, die Beschränkung der Inhalts- und Lösungsfreiheit gänzlich außer Betracht zu lassen.

§ 3.
Der Zwang zum Vertragsabschluß.

I.

Um zu einer Begriffsbestimmung des Kontrahierungszwanges zu gelangen und um die Fälle, welche mit ihm verwandt sind und häufig, aber zu Unrecht als Kontrahierungszwang bezeichnet werden, auszuscheiden, ist es erforderlich, zunächst die einzelnen Merkmale des Zwanges zum Vertragsabschluß festzustellen.

1. Da der Kontrahierungszwang den vollen Entzug der Abschluß- und vielfach auch der Inhalts- und Lösungsfreiheit bedeutet, kann ein derartiger Eingriff in das staatsbürgerliche Grundrecht „Vertragsfreiheit“ nur auf einer Vorschrift der Rechtsordnung beruhen. Daraus ergibt sich auch die Stellung zur Analogie: sie kann nur mit der größten Vorsicht und Zurückhaltung herangezogen werden, zumal sich ein Umkehrschluß (argumentum e contrario) vielfach ebenso leicht begründen läßt. Der innere Grund der Anordnung des Kontrahierungszwanges ist das ihn fordernde „soziale Interesse“. Die Rechtsordnung ist das Mittel zur Verfolgung dieses Zweckes. Deshalb vermag das wirtschaftliche Bedürfnis allein keine Rechtsquelle für den Kontrahierungszwang zu sein. Darüber, was wirtschaftliches Bedürfnis ist, gehen die Ansichten je nach den wirtschaftlichen Interessenkreisen sehr auseinander; „der Fabrikarbeiter ist hierüber schwerlich einer Meinung mit dem Fabrikherrn“ (Mertens, S. 13). Erst durch

die Rechtsordnung kann das wirtschaftliche Bedürfnis zu einem Zwange zum Vertragsabschluß führen.

Diese Norm der Rechtsordnung kann in folgender Weise gegeben sein:

a) Die wichtigste Quelle ist das Gesetz, der verfassungsmäßig zustandegekommene und verfassungsmäßig erklärte Wille der verfassungsmäßig zur Gesetzgebung berufenen Organe.

b) Der Gesetzgeber kann seine Gesetzgebungsgewalt auf andere Staatsorgane delegieren, die dann durch Rechtsverordnung den Zwang zum Vertragsschluß festsetzen können. Eine Verordnung in diesem Sinne ist auch eine solche einer unteren Verwaltungsbehörde, der das Verordnungsrecht nach einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzgebers von der oberen Verwaltungsbehörde zulässigerweise weiter delegiert ist. Hierher gehören die örtlichen Polizeiverordnungen[1]), wenn sie formell und materiell die Grenzen ihrer gesetzlich zugestandenen Zuständigkeit einhalten.

c) Auch sind als Quelle des Kontrahierungszwanges die auf Grund von Gesetz oder Verordnung ergehenden besonderen Verfügungen[1]) von Behörden anzuführen.

d) Ferner kommt als Rechtsquelle die autonome Satzung öffentlich-rechtlicher Verbände in Betracht; sie sind befugt, für ihre Mitglieder Satzungen, mitunter auch Verordnungen zu erlassen.

e) Daneben sind die staatlich bestätigten „rechtssetzenden Vereinbarungen Privater“ zu nennen, wie vor allem die nach der Tarifvertragsverordnung vom 1. 3. 1928 abgeschlossenen Tarifverträge bezeichnet werden können; sie enthalten, besonders wenn sie für allgemein verbindlich erklärt sind, objektives Recht wie Gesetz und Verordnung.

---

1) Biermann lehnt S. 274 f. zu Unrecht Polizeiverordnungen und Verfügungen als Quelle des Kz. ab; er scheitert daran, daß er das Verhältnis von Polizei zu Privaten privatrechtlich konstruieren will. Dies geht nicht an. „Die Pflicht des Privaten der Polizei gegenüber ist öffentlich-rechtlich, die Wirkungen dieser Pflichterfüllung sind privatrechtliche“ (Mertens, S. 15).

f) Schließlich ist noch als Rechtsquelle für den Kontrahierungszwang das Gewohnheitsrecht zu erwähnen. Wenn auch dieses ungesetzte, im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht zur heutigen Zeit gegenüber dem Gesetzesrecht zurücktritt, darf seine Bedeutung doch nicht unterschätzt werden. Das moderne Gewohnheitsrecht bildet sich vielfach verdeckt in der Weise, daß die Rechtsprechung neue Erscheinungen des Wirtschaftslebens, für die keine passenden Rechtssätze vorhanden sind, mit dem bestehenden Recht zu meistern sucht, die überkommenen Formen und Figuren ausdehnend, bis sich die Erkenntnis Bahn bricht, daß sich im Grunde genommen ein neuer Rechtssatz durchgesetzt hat. Auf diese Art der Rechtsbildung wird später bei der Frage: „Kontrahierungszwang und Monopol“ näher einzugehen sein.

2. Der Zwang zum Vertragsabschluß unterwirft den Betroffenen, ohne auf seinen Willen Rücksicht zu nehmen; er tritt von außen an ihn heran und darf nicht auf einer vorherigen Bindung seinerseits beruhen. Der Kontrahierungszwang ist deshalb ein willensfremder Zwang; der mutuus consensus, der sonst die Grundlage jeder Vertragsbeziehung bildet, wird ausgeschaltet.

3. Der Kontrahierungszwang geht auf Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages, und zwar eines privatrechtlichen Verpflichtungsvertrages. Obwohl nun begrifflich zum Kontrahierungszwang ein Eingriff in die Inhaltsfreiheit nicht gehört, bleibt er in der Regel doch nicht ohne Wirkung auf den Vertragsinhalt. Denn ein schlechthin auf Vertragsschluß gehender Befehl der Rechtsordnung würde, wie schon erwähnt, leicht seinen Zweck verfehlen; deshalb muß der Vertragsinhalt mitumfaßt sein. Hierbei ist den Parteien weitgehend freie Hand gelassen; doch darf der unter Abschlußzwang Stehende die Bedingungen, unter denen er mit der Mehrzahl seiner Abnehmer abgeschlossen hat, in Einzelfällen nicht ohne Grund verschärfen. In dieser Hinsicht kann Nipperdey (S. 31) nicht gefolgt werden, wenn er meint, daß in allen Fällen des Kontrahierungszwanges die Vertrags-

einzelheiten entweder von vornherein bestimmt wären oder es vorgesehen sei, daß eine unparteiische Instanz sie bestimme. Es sei nur auf zahlreiche, unter Vertragsabschlußzwang stehende Gas- und Elektrizitätswerke hingewiesen, die namentlich die Preise nach ihren Interessen allein bestimmen. Die Rechtsordnung kann auch garnicht allen Einzelfällen gerecht werdende Vertragsinhalte aufstellen; ein Abnehmer ist z. B. kreditwürdiger als der andere.

4. Schließlich kann von einem Zwang zum Vertragsabschluß nur gesprochen werden, wenn der Vertrag mit dem Rechtssubjekt geschlossen werden muß, zu dessen Gunsten die Verpflichtung besteht. Dies folgt aus dem Zweck des Kontrahierungszwanges.

Nach allem kann der Zwang zum Vertragsabschluß wie folgt bestimmt werden:

> Kontrahierungszwang ist die zu Lasten eines Rechtssubjektes infolge einer Norm der Rechtsordnung bestehende, willensfremde Verpflichtung zum Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages des Privatrechtes mit dem durch den Zwang begünstigten Rechtssubjekt.

II.

Diese Definition schließt sich im wesentlichen an die Nipperdeys an, wie er sie in seinem trefflichen Werke „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag", S. 7 ff. erstmals herausgearbeitet hat. Er hat im Schrifttum keinen Widerspruch gefunden, sodaß seine Auffassung als die herrschende bezeichnet werden kann; insbesondere haben sich ihm Böhmer in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 87, S. 214 ff., Elster im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 3, S. 700 f., Hummel S. 77 ff. und Mertens S. 5 angeschlossen. Von den meisten anderen Schriftstellern[1]) wird

1) U. a. Stobbe, Bd. III, S. 83; Gierke, Bd. III, S. 116; Enneccerus, §§ 153, IV, 365 Anm. 15, 370, III; Staudinger, Vorbem. 2 vor § 145; Planck, Vorbem. 4 vor § 145, Vorbem. V 3 vor § 631; Oertmann, Vorbem. 6 vor § 145; RGKomm., Vorbem. 4 vor § 145; Staub, Anm. 35 im Anhang zu § 346 HGB.; Biermann, S. 267 ff.; Meili, S. 152 ff.; Opet, S. 252 ff.; Schreiber, S. 22 ff; Hirsch in Holdh. Monatschr. 1905, S. 76 ff;

der Zwang zum Vertragsabschluß nur im Zusammenhang mit der Gewerbe- und Vertragsfreiheit erwähnt, ohne daß sie sich des Näheren mit ihm auseinandersetzen. Sie begnügen sich vielfach mit der Aufzählung einiger Anwendungsfälle, die zum Teil mit Recht, zum Teil aber auch zu Unrecht zum Kontrahierungszwang gerechnet werden. Deshalb sollen die Abweichungen der einzelnen Schriftsteller untereinander bei der Behandlung einzelner Fälle später besprochen werden. Hier genügt die Feststellung, daß sie im wesentlichen mit Nipperdey übereinstimmen und die Verschiedenheit der angegebenen Beispiele sich aus dem Unterlassen einer scharfen Begriffsstimmung erklärt.

Einen abweichenden Standpunkt vertritt ohne nähere Begründung Stampe, in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 108, S. 68; er meint, daß „das Grundgeschäft nicht erst durch eine dem gesetzlichen Zwang entsprechende Annahmeerklärung des unter dem sog. Kontrahierzwang Stehenden, sondern schon durch die einseitige Willenserklärung des Kontrahierberechtigten zustande kommt". Er sieht also in dem Zwang zum Vertragsabschluß ein Gestaltungsrecht des durch die Anordnung des Zwanges Begünstigten. Der gleichen Ansicht ist Rosenfeld, S. 15, wenn er schreibt: „Überall da, wo eine Verpflichtung zum Abschluß von Schuldverträgen statuiert zu sein scheint, sei es nun aus Gesetz, Vertrag, Delikt, Vermächtnis usw., handelt es sich in Wahrheit um eine Rechtslage, die dem Begünstigten die unmittelbare Macht verleiht, dieses Schuldverhältnis ins Leben zu rufen". Er geht zur Begründung von der Durchsetzung des Kontrahierungszwanges aus. Er hält eine Klage auf Vertragsabschluß, wie die herrschende Lehre wolle, für undurchführbar; denn darauf könne nicht verurteilt werden, weil der Vertragsabschluß nicht von Einem allein abhänge. Eine Klage darauf, „alles Erforderliche zum Abschluß des Vertrages zu tun", sei

---

Fuld in Recht 1906, S. 1187; derselbe in Soz. Praxis 1906, S. 1270; derselbe in Versicherung und Geldwirtschaft 1927, S. 261; Eckstein in Ztschr. für die gesamte Versicherungswissenschaft 1928, S. 167ff; Siber in Jherings Jahrb., Bd. 70, S. 223; Niessen, S. 40f.; Brandis, S. 23 Anmerkung 23; Blumenthal, S. 10ff.

zu unbestimmt und in die Klage, wie später in das Urteil, den Vertrag in seiner ganzen Länge aufzunehmen, sei unmöglich. Die Praxis kenne derartige Fälle nicht und beweise damit, daß ein Kontrahierungszwang im Sinne einer klagbaren Verpflichtung zum Vertragsabschluß ihr fremd sei Deshalb sei es zweckentsprechender, dem durch den Abschlußzwang Begünstigten die Befugnis zu geben, durch seine einseitige Erklärung den Vertrag zustande zu bringen, um nun direkt auf die Leistung klagen zu können. Vorschriften, die entweder eine derartige Gestaltungsmacht verneinten oder andererseits die in ihnen enthaltene „Verpflichtung" zur Abgabe einer Willenserklärung dadurch außer Zweifel stellten, daß diese Erklärung selbständig durch Urteil, Strafe usw. erzwungen werden könne, beständen nicht. Fürst in LZ. 1910, S. 184 stimmt im Ergebnis mit Rosenfeld überein.

Dem kann nicht beigepflichtet werden. Will man ein Gestaltungsrecht annehmen, dann kann man nicht, wie Nipperdey S. 88 mit Recht bemerkt, von einem Kontrahierungszwang sprechen; dies ist ein Widerspruch in sich und mit dem Gesetz nicht vereinbar. Ferner werden die bei der Durchsetzung des Kontrahierungszwanges ohne Zweifel vorhandenen Schwierigkeiten nicht vermindert, sondern vermehrt. Zwar dürfte der Meinung Nipperdeys (S. 88), es entständen unklare Verhältnisse, wenn es streitig sei, ob überhaupt ein Kontrahierungszwang bestehe, nicht beigepflichtet werden; denn wenn der durch den Zwang Begünstigte sein Gestaltungsrecht auszuüben erklärt und dementsprechend Klage auf Leistung erhoben hat, ist die Frage, ob ein Kontrahierungszwang, d. i. das Gestaltungsrecht, bestanden habe, eine leicht zu klärende Vorfrage bei der Urteilsfällung. Wohl aber steht m. E. der Auffassung des Kontrahierungszwanges als Gestaltungsrecht entgegen, daß, wie schon oben ausgeführt wurde, der Inhalt des abzuschließenden Vertrags durchaus nicht stets feststeht oder von dritter Seite zu bestimmen ist. Welchen Inhalt soll dann der mit Ausübung des Gestaltungsrechts zustande gekommene Vertrag haben? Ein Gestaltungsrecht ohne Bestimmung dessen, was im einzelnen gestaltet werden soll, ist ein Nonsens.

III.

Nachdem nun der Begriff des Kontrahierungszwanges festgestellt ist, ist es möglich, alle verwandten Fälle, welche scheinbar dazu gehören und häufig dazu gerechnet werden, auszuscheiden.

1. Weil die Anordnung eines Zwanges zum Vertragsabschluß auf einer Norm der Rechtsordnung beruht, also ein Rechtszwang vorliegen muß, kann ein tatsächlicher Zwang nicht als Kontrahierungszwang angesehen werden, auch wenn das als innerer Rechtsgrund festgestelle soziale Interesse einen solchen Zwang mit unbedingter Notwendigkeit erheischt. Ein tatsächlicher Zwang und kein Rechtszwang ist es, wenn Kleider gekauft werden müssen, um nicht zu erfrieren, Nahrungsmittel, um nicht zu verhungern, Bücher, um zu lernen, u. dgl.

Ebensowenig liegt ein Rechtszwang vor, wenn ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, um einem wirtschaftlichen Nachteil oder einer angedrohten Strafe zu entgehen. Hier ist der Fall zu nennen, daß jemand unter dem Drucke des bevorstehenden Enteignungsverfahrens die betreffende Sache an den Enteignungsberechtigten veräußert; ebenso der Fall, daß ein Außenseiter einem Kartell beitreten muß, um einem wirtschaftlichen Ruin, der ihm infolge der Kampfmaßnahmen des Kartells droht, zu entgehen. Weiter steht z. B. der Hauseigentümer nicht unter Kontrahierungszwang, der nicht selbst — vielleicht infolge Krankheit — vor seinem Hause kehren kann und dies, um nicht bestraft zu werden, einem Straßenreinigungsinstitut überträgt. Dies erhellt auch daraus, daß der Vertragsschluß nicht Gegenstand der Verpflichtung des Hausbesitzers ist, sondern die Reinigung. Ähnlich verhält es sich mit dem Vermahlungszwang auf Grund des Gesetzes betr. die Vermahlung von Inlandsweizen vom 4. 7. 1929 (RGBl. Bd. I S. 129): Der Gesetzgeber will das Vermahlen selbst unter Strafandrohung erzwingen; ob der einzelne Mühlenbesitzer, um der Verpflichtung nachzukommen, Verträge abschließen muß, ist gleichgültig; der Müller kann die erforderliche Menge Inlandsweizen auch von selbstgebauter Frucht vermahlen.

Ferner ist kein Zwang zum Vertragsabschluß vorhanden in den Fällen, in denen zufolge einer gesetzlichen Vorschrift sich das Publikum nur bestimmter Personen oder Stellen bedienen darf; das sind die Fälle, bei denen die Freiheit in der Auswahl des Vertragspartners beschränkt ist. Hier wäre in erster Linie der Postzwang (§ 1 des Postges. vom 28.10.1871) zu nennen. Niemand ist zu einem Vertragsabschluß mit der Post gezwungen; will aber jemand Briefe u. dgl. befördern lassen, ergibt sich für ihn ein tatsächlicher Zwang, mit der Post Verträge abzuschließen, weil anderen Personen die entgeltliche Beförderung von Postsachen verboten ist und zu unentgeltlicher Beförderung kaum die Möglichkeit besteht. Weitere Beispiele sind der Schlachthauszwang für Schlächter nach dem preuß. Schlachthausgesetz vom 18. 3. 1868 (G. S. 277), 9. 3. 1881 (G. S. 273), der Schleppzwang für Schiffe auf dem Rhein-Weserkanal auf Grund des § 1 des Preuß. Gesetzes vom 30. 4. 1913 (G. S., S. 217) und die im früheren Recht vorkommenden Zwangs- und Bannrechte bestimmter Gewerbetreibender, wie sie heute noch bei den Kehrbezirken der Bezirksschornsteinfeger bestehen. Nicht unerwähnt sollen noch die während des Krieges eingeführten Kundenlisten bleiben, welche eine Bindung der Verbraucher an bestimmte Verkäufer herbeiführten.

Schließlich ist der moralische Zwang, die sittliche Pflicht, kein Kontrahierungszwang, es sei denn, daß er in der Rechtsordnung ausdrückliche Aufnahme gefunden hat und damit zum Rechtszwang geworden ist. Derartige Fälle enthalten nicht die Art. 163 I und 165 der Reichsverfassung, welche als ein Programm aufzufassen sind und noch der Ausfüllung durch besondere Gesetze bedürfen.

Weiterhin handelt es sich nicht um Kontrahierungszwang, wenn es an dem Erfordernis des willensfremden Zwangs gebricht, wenn der Zwang auf der eigenen Willensbindung des Verpflichteten beruht[1]).

Molitor (S. 18, Anm. 1) scheint die Freiwilligkeit der herbeigeführten Bindung nicht als Merkmal gegen den Kz. gelten lassen zu wollen, weil auch ein fraglos dem Zwang zum Vertragsabschluß unterliegender Gewerbetreibender dieses freiwillig begonnen habe und es auch wieder

Hierher gehören zunächst die Fälle, in denen sich jemand durch einen Vorvertrag verpflichtet hat; der spätere Vertrag wird wegen dieser aus freiem Willensentschluß eingegangenen Bindung geschlossen. Aus dem gleichen Grunde ist die Gebundenheit an den Vertragsantrag zu nennen (§ 145 BGB.). Der Antragende bindet sich freiwillig an seinen Antrag; der Vertrag kommt dann durch die Annahmeerklärung des Antragsempfängers zustande, ohne daß der Antragende selbst noch irgendwie mitzuwirken hätte. Auch dies ist ein Gesichtspunkt gegen die Annahme eines Abschlußzwanges, der ja ein positives Tun verlangt. Besteht hierin, soweit es sich um einen bestimmten Antragsgegner handelt, im Schrifttum keine Meinungsverschiedenheit, werden hinsichtlich der „Offerten an eine nicht bestimmte Person" abweichende Meinungen vertreten. Es sind dies, wie allgemein anerkannt ist (vgl. Enneccerus, Bd. I, § 152 I, 1 b; Staudinger, § 145 Anm. 3 a; Planck, Bd. I, S. 386) Offerten, bei denen der Annehmende zur Zeit ihrer Abgabe noch unbekannt ist und sich erst später bestimmt; eine derartige Offerte liegt in dem Aufstellen von Automaten, die gegen den Einwurf von Geldstücken Waren oder Fahrkarten abgeben, in dem Anbringen von Sammelbüchsen u. dgl.[1]). Biermann (S. 192 ff.) spricht zu Unrecht in all diesen Fällen vom Kontrahierungszwang und setzt sich in Widerspruch mit seinen eigenen Ausführungen S. 268, wo er sagt, daß eine Verpflichtung ex lege zur Eingehung des Vertrages das Wesen des Kontrahierungszwanges ausmache; auch Opet (S. 259 ff.), der den Theaterunternehmer dem Kontrahierungszwang unterwirft und ihn allein aus der öffentlichen Ankündigung der Vorstellungen folgert,

---

unterlassen könne, wenn er einen Kz. nicht wolle. Molitor verkennt den Unterschied in beiden Fällen. In letzterem Falle geht der Wille auf ein beständiges Tun, das Gewerbetreiben, das Verdienen usw., das notwendigerweise das Beachten der für das Gewerbe bestehenden Vorschriften mit sich bringt, während bei einem einzelnen Schuldverhältnis der Wille auf Eingehen und Erfüllen desselben gerichtet ist.

1) Gänzlich ausscheiden müssen Fälle wie Auflegen von Zeitungen in Lokalen zum Verkauf, öffentliche mit Preisen versehene Ankündigungen von Theateraufführungen und Konzertvorstellungen, weil sie nur erst Aufforderungen zur Abgabe von Offerten darstellen.

widerspricht sich selbst S. 263: „Der Kontrahierungszwang entspricht dem freien Willen des Unternehmers, bildet eine von ihm nach eigenem Ermessen übernommene Verpflichtung, die ohne seine Tätigkeit garnicht zur Existenz gelangt". Mit Nipperdey (S. 21/22), Genest (S. 69/70), Molitor (S. 5) und Mertens (S. 18/19) ist nicht einzusehen, warum Offerten an eine unbestimmte Person anders behandelt werden sollen wie Offerten an bestimmte Personen. Bei beiden kommt der Vertrag infolge der freiwillig gestellten Vertragsanträge zustande, ohne daß irgend ein Zwang ersichtlich ist.

Ferner ist ein Zwang zum Vertragsabschluß nicht vorhanden, wenn sich aus einer rechtsgeschäftlichen Bindung die Verpflichtung, andere Verträge zu schließen, ergibt oder als Nachwirkung dieser Bindung von der Rechtsordnung von vornherein verlangt wird. Man spricht dann von einer „Weiterentwickelung aus vorangegangener freiwilliger Bindung". Im Wirtschaftsleben werden zahlreiche Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben (§ 675 BGB.), Kommissionsgeschäfte u. dgl. abgeschlossen; zur Erfüllung der Verträge müssen häufig wieder Verträge mit anderen Personen geschlossen werden: der Kommissionär muß die zur Ausführung der Kommission erforderlichen Rechtsgeschäfte vornehmen. Kein Kontrahierungszwang! In diesen Zusammenhang gehören auch die Verträge der Ärzte mit den Krankenkassen, nach denen sie die Kassenmitglieder behandeln müssen, und die Verträge von Gemeinden bei Vergebung von Arbeiten, in denen dem Vertragspartner die Verwendung von Ortsangehörigen zur Pflicht gemacht ist. Ebensowenig enthält § 26 des Verlagsgesetzes, wie Enneccerus (Bd. I,1 § 153 IV, Anm. 21) zu Unrecht annimmt, einen Zwang zum Vertragsabschluß; die Verpflichtung des Verlegers, dem Verfasser zum niedrigsten Preise des Verlagsgeschäftes Exemplare zu überlassen, entspringt dem vorherigen Verlagsvertrage. Oder jemand tritt einem Verein, einer Gesellschaft, einer Genossenschaft bei und ist, falls die Satzung, der Gesellschaftsvertrag etwas derartiges enthält, zum Vertragsschluß mit Dritten oder der Organisation — man denke an die Nebenleistungsaktiengesellschaft des § 212 HGB. — verpflichtet;

wegen der Freiwilligkeit des Beitritts kann man auch hier von Kontrahierungszwang nicht sprechen. Molitor (S. 17) kann nicht gefolgt werden, soweit er entgegen Nipperdey (S. 16) bei rechtsgeschäftlich begründetem Vertragszwang einen Kontrahierungszwang annimmt. Gewiß „ist der Verpflichtungswille nicht stets und ohne weiteres Erfüllungswille", aber bei Eingehung der Verpflichtung muß mit den späteren Verpflichtungen gerechnet werden (man könnte entsprechend dem dolus eventualis von einer voluntas eventualis sprechen). Das gleiche ist gegen Molitor bezügl. des Erben oder Vermächtnisnehmers zu sagen, dem durch letztwillige Verfügung des Erblassers die Verpflichtung zum Abschluß irgend eines Vertrages auferlegt ist (z. B. das Verschaffungsvermächtnis in §§ 2169/2170 BGB.). Wie Nipperdey (S. 17) mit Recht ausgeführt, unterliegt damit der Erbe oder Vermächtnisnehmer nicht einem Kontrahierungszwang. Unterläßt er die ihm mögliche Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses, so übernimmt er stillschweigend die Verpflichtungen infolge eigener Willensbindung. Wenn auch die Annahme oder Nichtausschlagung keineswegs immer einen ausdrücklichen Willen zu einer derartigen Bindung voraussetzt, weil dem Erben vielleicht die Anordnungen des Erblassers unbekannt geblieben sind, so muß er doch mit ihnen rechnen und sie in seinem Willen aufgenommen haben („voluntas eventualis"). Das weitere Argument Molitors (S. 18 Anm. 1), daß der zum gesetzlichen Erben berufene Fiskus nicht einmal die Möglichkeit der Ausschlagung habe (§ 1942 II BGB.), ist ebenfalls nicht überzeugend. Man muß diese Bestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck betrachten; es muß doch, wenn Erben nicht vorhanden sind und eine gewillkürte Erbfolge fehlt oder versagt hat, der Nachlaß schließlich an irgend jemand fallen, d. i. der Fikus als Organ der Volksgemeinschaft; könnte er noch ausschlagen, würde der Nachlaß herrenloses Gut und für die Nachlaßgläubiger wäre nicht gesorgt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist also dem Fiskus das Ausschlagungsrecht genommen; dafür kann er aber andererseits auch wider seinen Willen nicht in unbeschränkbare Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten verfallen, sodaß

er stets seine Haftung auf den Nachlaß beschränken kann und wird. Zusammenfassend kann man wohl sagen: die Volksgemeinschaft selbst hat, anordnend durch ihr Organ Gesetzgeber und ausführend durch ihr Organ Fiskus (d. i. die Verwaltung) freiwillig in den Formen des Privatrechtes die Regelung der Hinterlassenschaft ihres ohne Erben verstorbenen Mitgliedes bis zur Höhe des Nachlasses übernommen, um Benachteiligungen anderer Mitglieder zu verhindern. Es ist deshalb ein Unding von einem Kontrahierungszwang des Fiskus, ihm von einem Privaten auferlegt, zu sprechen. Ferner liegt in den Fällen des Wiederkaufs[1]) (§§ 497 ff. BGB.) und des rechtsgeschäftlichen Vorkaufs[1]) (§§ 507 ff. BGB.) kein Kontrahierungszwang vor. Der Vorkauf oder Wiederverkauf ist schon in dem den Vorkaufs- oder Wiederverkaufsanspruch begründenden, freiwillig abgeschlossenen Vertrage für den Fall vereinbart, daß der Gegner des Vorkaufsberechtigten verkauft oder der Wiederkaufsberechtigte wollen wird. Es liegt so wie bei einem aufschiebend bedingten oder befristeten Rechtsgeschäft (vgl. Molitor S. 5 und Nipperdey S. 22, der den Kontrahierungszwang aus dem ebenfalls zu billigenden Gesichtspunkt verneint, daß es für den Verpflichteten genau so stehe, wie bei der Gebundenheit an einen Vertragsantrag).

Schließlich handelt es sich nicht um einen Kontrahierungszwang in den Fällen, in denen in Auswirkung eines Vertrages ein neuer Vertrag „zum Zwecke des Ausgleichs" abgeschlossen werden muß. Hier ist § 33 des Verlagsgesetzes vom 19. 7. 1901, nach dem bei bestimmten Voraussetzungen ein neuer Verlagsvertrag abgeschlossen werden muß, zu erwähnen. Auch die Wandlung und Minderung (§§ 459 ff. BGB.) gehören hierher, wenn man sich auf den Standpunkt der Vertragstheorie — vertreten u. a. von Planck, § 462, Bem. 3 a; Oertmann, Bd. 2, S. 438 — stellt; denn dann geht der Anspruch auf Abschluß eines neuen, den alten Vertrag aufhebenden oder abändernden Vertrages, aber zufolge des

1) Im Schrifttum ist die Natur des vertraglichen Wieder- und Vorkaufsrechtes umstritten; vgl. Staudinger, Vorbem. I,3 vor § 497 und Vorbem. 5 vor § 504 und die dort angegebene Literatur.

ursprünglichen Vertrages, sodaß kein Kontrahierungszwang besteht. Der gegenteilige, ohne nähere Begründung eingenommene Standpunkt Genests (S. 35) kann nicht gebilligt werden. Geht man aber bei der Wandlung und Minderung von der herrschenden Restitutionstheorie (u. a. Enneccerus, Bd. I, § 333; Staudinger, § 462 Bem. IV; Staub, § 377 HGB. Anm. 60 ff.; RGR. Komm. §§ 462 I und 465 I) aus, so entfällt ein Zwang zum Vertragsabschluß, weil der Wandlungs- bezw. Minderungsberechtigte keinen Anspruch auf Abschluß eines neuen Vertrages, sondern unmittelbar auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises oder eines Teiles desselben hat. Dagegen handelt es sich bei dem von Nipperdey S. 20 unter e angegebenen Beispiel um keinen Fall, bei dem das Vorliegen eines Kontrahierungszwanges zu prüfen wäre. Erfolgt die Entlassung von Arbeitern und Angestellten unter Verletzung der §§ 84—90 Betr.R.G. und des § 10 der Verordn. vom 12. 2. 1920, so besteht nicht, wie Nipperdey meint, ein Anspruch auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages, sondern das alte Arbeitsverhältnis läuft wegen der Unzulässigkeit der Kündigung weiter (so auch Molitor, S. 8).

3. Da von einem Kontrahierungszwang nur gesprochen werden kann, wenn der Vertrag mit dem durch die Anordnung des Zwanges Begünstigten geschlossen werden soll, scheiden alle Fälle aus, wo der Vertrag mit Dritten zu schließen ist. Der Vater, der Vormund hat das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen des Kindes bezw. Mündels verzinslich anzulegen (§§ 1642, 1806 ff. BGB.), was er ohne Vertragsabschlüsse nicht tun kann; die Verträge werden aber nicht mit dem Kinde bezw. Mündel, das doch durch die Bestimmungen geschützt wird, geschlossen. Kraft der Fürsorgepflicht muß der Vater und Vormund bei Erkrankungen seiner Schutzbefohlenen für Behandlung durch einen Arzt oder Krankenhaus sorgen, was fast immer nicht ohne Vertragsabschlüsse gehen wird. Alles kein Kontrahierungszwang! Molitor (S. 11) will diese Fälle außer Betracht lassen, weil der Gesetzgeber hier weniger auf die Verpflichtung zum Vertragsabschluß, vielmehr zu einem gewissen Handeln Wert lege, es komme ihm auf den herbeizuführenden Erfolg an.

Molitor muß aber selbst zugeben, daß die Abgrenzung dieser Fälle von denen des Vertragszwanges schwierig und schwankend sei, weil der Gesetzgeber auch bei dem Kontrahierungszwang letzten Endes den Erfolg wolle und der Kontrahierungszwang nie Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck sei.

Ferner gehören nicht zum Kontrahierungszwang die Fälle, wo das Gesetz keine Verpflichtung zum Vertragsabschluß auferlegt, sondern selbst oder durch einen auf das Gesetz zurückgehenden obrigkeitlichen Akt unmittelbar die sonst an einen Vertrag geknüpfte Wirkung herbeiführt bezw. unmittelbar zur Leistung verpflichtet. Hier ist zunächst der Fall des § 915 BGB. zu nennen. Hat jemand übergebaut (§ 912 BGB.), kann der Rentenberechtigte jederzeit statt der Rente verlangen, daß ihm der Rentenpflichtige die überbaute Fläche abnehme und deren Wert ersetze; der Rentenberechtigte hat also ein unmittelbares Recht auf Grundabnahme (vgl. Staudinger, § 915 Anm. 1 und Enneccerus Wolff, Bd. 3 § 55 II, 3); der Überbauende ist unmittelbar zur Leistung, nicht, wie Nipperdey S. 19 annimmt, zum Abschluß eines Kaufvertrages verpflichtet. Deshalb kein Kontrahierungszwang. Ähnlich verhält es sich bei dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Miterben (§§ 2034—2037 BGB.); mit der Ausübung des Vorkaufrechtes tritt die Wirkung kraft Gesetzes ein, der Kaufvertrag besteht dann zwischen dem Vorkaufsberechtigten und -verpflichteten, ohne daß Letzterer erst zum Abschluß des Vertrages verpflichtet wäre (vgl. Staudinger, Bem. II, 6 zu §§ 2034—2039). Genest (S. 36—48) bejaht in beiden Fällen den Kontrahierungszwang, weil er von einer falschen Begriffsbestimmung desselben ausgeht. Schließlich sei noch der Zwangsvergleich im Konkurse (§ 173 KO.) erwähnt, den Nipperdey (S. 17) mit der wohl nicht zutreffenden Begründung ausscheidet, daß der sich am Konkursverfahren beteiligende Gläubiger durch die Beteiligung der Mehrheit der Gläubigerschaft freiwillig die Verfügung über seine Forderung einräume. Richtiger ist es, zu sagen: der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich bildet einen öffentlich-rechtlich geregelten Abschluß des Zwangsvergleichsverfahrens, eines Bestandteiles des Konkursverfahrens; seine Wirkungen — zwangsweiser Teilerlaß von Forderungen — treten kraft Gesetzes ein.

Da der Kontrahierungszwang den Abschluß eines Verpflichtungsvertrages verlangt, kann in den Fällen des Zwangs zu Verfügungsverträgen nicht von Kontrahierungszwang gesprochen werden. Um Verfügungsverträge handelt es sich u. a. in den §§ 255, 281 BGB. (Verpflichtung zur Zession), den §§ 843 Abs. II, 1039 I, 2, 1067 II, 1391, 1580 I, 1668, 2128 BGB. (Verpflichtung zur Sicherheitsleistung durch dinglichen Vertrag mit dem Berechtigten, Sicherungsmittel des § 232 Halbsatz 3, 4, 5).

Wie schon oben ausgeführt, ist eine wesentliche Voraussetzung für die Annahme eines Kontrahierungszwanges, daß der Zwang einen privatrechtlichen Vertrag herbeiführen soll. Deshalb handelt es sich nie um Kontrahierungszwang, wenn eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechtes oder ein öffentliche Funktionen versehendes Rechtssubjekt in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder als Träger öffentlicher Verwaltung mit Befehls- und Zwangsgewalt an die Untertanen herantritt. Mithin scheidet die Enteignung aus; sie ist nicht ein erzwungener Verkauf, sondern nach herrschender Meinung ein dem öffentlichen Recht angehörender staatlicher Verwaltungsakt. Der Begünstigte erwirbt originär Eigentum. Ferner kann nicht von Zwang zum Vertragsabschluß gesprochen werden, wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts durch zwangsweisen Zusammenschluß von Mitgliedern gebildet wird (z. B. die Zwangsinnungen nach § 100 GewO.; vgl. weitere Beispiele bei Nipperdey, S. 24 Anm. 1) und wenn Naturalleistungen von den Staatsangehörigen gefordert werden, ohne daß der an sich auch mögliche privatrechtliche Vertrag gewählt ist (z. B. Naturalleistungen nach dem Gesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 4. 1925 (RG.Bl. 1925 I, S. 44), die Feuerwehrpflicht, Nothilfe des § 360 Ziff. 10 StrGB. u. dgl.). Schließlich handelt es sich nicht um Kontrahierungszwang bei den öffentlichen Anstalten, sofern das Rechtsverhältnis zwischen Anstalt uud Benutzer nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen behandelt werden muß; man spricht dann von „öffentlich-rechtlicher Anstaltsnutzung“ und einem dem privat-

rechtlichen Kontrahierungszwang verwandten „öffentlich-rechtlichen Zulassungs- und Benutzungszwang". Dies ist der Fall beim Impfzwang, Volksschulzwang, Versicherungszwang der Sozialversicherung, bei der staatlichen Immobiliarfeuerversicherung, der staatlichen Viehversicherung, beim Zwang zur Benutzung der städtischen Abfuhranstalten, des städtischen Leichenwagens, beim Zwangslotsen, bei dem Behandlungs- und Heilungszwang auf Grund des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927 (RG.Bl. I, 61) usw., wie bei der Zulassungspflicht der öffentlichen Anstalten, den Gemeindeangehörigen die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen (Armenanstalten, Krankenhäuser, Schlachthäuser[1]), Sparkassen, Museen, Sammlungen, Bibliotheken, botanischer und zoologischer Gärten u. dgl.) zu gestatten. Tritt der Staat aber nicht als Übergeordneter mit Befehlen an die Untertanen heran, was auch möglich ist, auf der Basis der Gleichordnung, um eine öffentliche Anstalt als Gewerbe mit Gewinnabsichten zu betreiben, dann ist Raum für den Kontrahierungszwang (die einzelnen Fälle werden später erörtert). Die Unterscheidung, wann öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung und wann privatrechtliche Wirtschaft vorliegt, ist mitunter recht schwierig, da der Unterschied praktisch nicht sehr groß ist und die genannten Merkmale nicht immer klar erkennbar sind. Um Zweifel auszuschalten und weil bei den öffentlichen Anstalten vielfach die Voraussetzungen, nach denen das Privatrecht geschaffen wurde, fehlen, wäre die rein öffentlich-rechtliche Behandlung ihrer Beziehungen angebracht. Die Entwicklung scheint in dieser Richtung zu gehen und man kann sagen, daß die privatrechtliche Bewirtschaftung öffentlicher Anstalten abnimmt und der Zug zur öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung geht.

---

1) Zu Unrecht sieht Biermann, S. 273, in der öffentlich-rechtlichen Zulassungspflicht der Schlachthäuser einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang.

2. Hauptteil.

Die einzelnen Fälle des Zwangs zum Vertragsabschluß.

§ 4.

I. Der Zwang zum Vertragsabschluß im früheren Recht.

Dem römischen Recht war ursprünglich das Prinzip der Vertragsfreiheit im Sinne der Inhaltsfreiheit in dem heutigen Umfange fremd; es hat erst im Laufe der Zeit eine stets sich erweiternde Ausbildung erfahren. Die Zahl der Schuldkontrakte war zunächst geschlossen; die formlosen Real- und Konsensualkontrakte lagen ihrem Inhalte nach fest. Dem praktischen Bedürfnis nach Inhaltsfreiheit war jedoch insofern Rechnung getragen, als die Stipulatio wenigstens jeden im Rahmen des einseitig verpflichtenden Vertrags liegenden Inhalt aufnehmen konnte; bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen behalf man sich mitunter durch Auflösung in zwei einseitig verpflichtende Stipulationen. Ein Fortschritt war dann die Ausbildung der Innominatkontrakte und pacta, aus denen aber nicht auf Erfüllung geklagt werden konnte. Dagegen bestand weitgehende Vertragsfreiheit im Sinne der Abschlußfreiheit, und zwar in höherem Maße als im modernen Recht; denn die Fälle, in denen die Abschlußfreiheit durch einen Zwang zum Vertragsabschluß eingeschränkt wurde, sind recht selten. So bestand z. B. für Gastwirte gemäß l 1 § 6 D 47,5 ein Kontrahierungszwang: „namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes; inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare". Nach l 2 D 20,5 („fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet, nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet") mußte der Bürge des Hauptschuldners das durch Befriedigung eines älteren Pfandgläubigers erlangte Pfand dem jüngeren Pfandgläubiger

zum Erwerbspreise verkaufen. Kontrahierungszwang wurde weiter durch das Preisedikt Diocletians[1]) vom Jahre 301 n. Chr. angeordnet, insofern als nicht nur Höchstpreise für alle Leistungen und Gegenstände festgesetzt wurden, sondern auch das Zurückhalten von Waren, also das Verweigern von Vertragsabschlüssen, mit der Todesstrafe bedroht wurde. Ein Fall von Zwang zum Vertragsabschluß findet sich schließlich in der Bergwerksordnung von Vipasca[2]), die Bestimmungen über verschiedene Gewerbebetriebe (Versteigerer, Bademeister, Schuster, Barbiere, Walker u. a.) im Bergwerk von Vipasca in Portugal enthielt. Da es in dem in öder Gegend abgelegenen Bezirke schwer fallen mochte, die für die Bergleute nötigen Gewerbetreibenden heranzuziehen, verschaffte man ihnen ein sicheres Auskommen, indem die einzelnen Gewerbe verpachtet und monopolisiert wurden. Jeder war für seinen Gewerbezweig ausschließlich berechtigt und brauchte keinen Mitbewerber zu dulden; er mußte aber andererseits auch „alles leisten, was von ihm verlangt wurde“ (Kübler, S. 295).

Auch im älteren deutschen Recht war der Kontrahierungszwang nicht unbekannt, und zwar galt er hauptsächlich im Zusammenhang mit den sog. „Zwangs- und Bannrechten“. Diese standen meistens den Grundherren — Privaten, Klöstern, Stiftungen — zu und verpflichteten die Bewohner ihres Bezirks, die gewerblichen Bedürfnisse bei dem Berechtigten zu decken. Es kamen die verschiedensten Arten von Zwangs- und Bannrechten vor, manchmal in einem Maße, welches die Stellung eines Monopols an Macht noch übertraf. So hatten auf Grund des Kelterzwanges alle Weinbergbesitzer ihre Trauben auf der Kelter des Berechtigten zu keltern, auf Grund des Mühlenzwanges mußte alles Getreide in der Mühle des Berechtigten gemahlen werden; ähnlich war es bei dem Bleichzwang, der Braugerechtigkeit, dem Branntweinzwang u. dgl. Durch diese Zwangs- und Bannrechte waren zwar die Verbraucher noch nicht einem Abschlußzwang unterworfen — sie waren nur in der Auswahl des Vertragspartners be-

1) Vgl. Kübler, S. 361.

2) Vgl. Kübler, S. 295; Bruns, II, S. 297 ff.; Schönbauer, Ztschr. f. Savigny-Stiftg., Bd. 45, S. 352 ff. und insbes. Bd. 46, S. 181 ff.

schränkt —, wohl aber die Bannberechtigten. Denn wenn die Einwohner eines Bannbezirks auf den Bannberechtigten angewiesen waren, ergab sich umgekehrt für letzteren die Rechtspflicht, mit den Bannunterworfenen Verträge abzuschließen. Mitunter bestand aber auch für die Verbraucher ein Kontrahierungszwang: wenn sie verpflichtet waren, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Bedürfnisses eine bestimmte Menge Waren zu beziehen oder wenigstens zu bezahlen (Vgl. Genest S. 15).

Aber auch ohne Zwangs- und Bannrechte bestanden vielfach für Personen, welche dem Publikum ihre Leistungen anboten, für öffentlich zugelassene Gewerbetreibende Vorschriften, nach denen sie zu Vertragsabschlüssen verpflichtet waren (Vgl. Stoppe, Bd. II, § 92, Note 12 und Bd. III, § 168, I). So mußten Bäcker und Schankwirte z. B. jedem Brot und Wein verkaufen, falls der Kaufpreis bar erlegt oder ein den Kaufpreis übersteigendes Pfand gegeben wurde. Ebenso mußten die Juden gegen genügende Sicherheit Geld verleihen; erwähnt sei das Augsburger Stadtrecht[1]), nach dem jeder Jude Geld auf Pfänder geben mußte, die um ein Drittel mehr wert waren, als das gewünschte Darlehen betrug. Diese Vorschrift erklärt sich daraus, daß die Juden damals für den Verkehr dieselbe Bedeutung hatten, wie später die Pfandleihhäuser. Ferner bestand nach dem Pr. Allg. LR. für Unternehmer von obrigkeitlich erlaubten Lotterien ein Zwang zum Vertragsabschluß; bestimmte doch ALR. I, 11, § 552: „Bis zu dem im Plane bestimmten oder in der Folge verlängerten Zeitpunkt, wo der Einsatz geschlossen werden soll, ist der Unternehmer verbunden, jedem sich meldenden Einsetzer, solange noch Lose vorhanden sind, dergleichen zu überlassen."

II. Der Zwang zum Vertragsabschluß im geltenden Recht.

Die Erörterung der verschiedenen Fälle des Zwanges zum Vertragsabschluß muß an die einzelnen Rechtsnormen, durch die er festgesetzt wird, anknüpfen. Wenn auch eine solche

1) Vgl. Stobbe, Die Juden im Mittelalter, S. 113.

Einteilung — Nipperdey lehnt sie zu Unrecht S. 32 ab — etwas äußerlich und formal erscheinen mag, so ist sie doch die allein mögliche und hindert nicht, den inneren Rechtsgrund, aus dem heraus der Kontrahierungszwang aufgestellt wird, zu erkennen. Nipperdeys Methode, von dem wirtschaftlichen Merkmal des Zwanges zur Güterbewegung auszugehen und nach dem verschiedenen sozialen und wirtschaftlichen Zweck zwischen einem Kontrahierungszwang zur Erzielung der normalen Güterbewegung und einem Kontrahierungszwang zur Herbeiführung einer von der Rechtsordnung verlangten anormalen Wertbewegung zu unterscheiden, dürfte nicht angebracht sein. Die Vorschriften, welche zu Fällen der letzteren Art rechnen und von Nipperdey S. 67—85 angeführt werden, galten in der Mehrzahl nur in der Kriegs- und Übergangszeit, sind nicht mehr in Kraft und enthalten vielfach m. E. — im Gegensatz zu Nipperdey — keinen Kontrahierungszwang, sondern einen tatsächlichen Zwang. An der anormalen Wertbewegung selbst, nicht an dem sie vorbereitenden Vertragsschluß, lag dem Staate bei seinen Anordnungen; er verlangte sie unter Androhung von Beschlagnahme, Enteignung oder Strafe; nur um diesen Maßnahmen zu entgehen, fügte sich der Einzelne dem Zwang. Der Kontrahierungszwang mit seiner etwas schwerfälligen Durchsetzung, der Klage auf Vertragsabschluß, würde nicht den gewünschten Erfolg oder nicht in dem erforderlichen Maße und zu spät gezeitigt haben. Der Kontrahierungszwang ist seinem Wesen nach gleichsam ein Sicherheitsventil und dazu berufen, etwaige Stockungen in dem sich stets und in geregelten Bahnen vollziehenden Güteraustausch zu verhindern. Er soll dem Sozialinteresse zuwiderlaufenden Erscheinungen entgegenwirken und gebietet das, was sonst im freien Spiel der Kräfte vor sich geht. Dies alles hindert nicht, daß die Rechtsfigur des Kontrahierungszwanges auch gelegentlich verwandt wird, wenn Wertschiebungen, die normalerweise nicht erfolgen, herbeigeführt werden sollen. Dann ist auch der Kontrahierungszwang selbst etwas anormales, so daß es einer Einordnung in einer besonderen Gruppe nicht bedarf.

§ 5.

Zwang zum Vertragsabschluß auf Grund besonderer Vorschriften: Gesetz, Verordnung, Verfügung.

a) In § 453 HGB. heißt es: „Eine dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn darf die Übernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reiches nicht verweigern, sofern" usw. (bestimmte Bedingungen erfüllt sind). Durch diese Vorschrift wird der Kontrahierungszwang für die öffentlichen Haupt- und Nebeneisenbahnen bezüglich der Güterbeförderung festgelegt. Das gleiche gilt für die Kleinbahnen zufolge des § 473 Abs. 2 HGB. mit der Maßgabe, daß sie die Übernahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern dürfen. Güter, die nicht sofort befördert werden können, müssen auf Verlangen des Absenders von den Bahnverwaltungen in einstweilige Verwahrung genommen werden (§ 453 Abs. II HGB. und § 64 E.V.O. vom 16. 5. 1928 [RGBl. II, S. 401]); also besteht auch ein Zwang zum Abschluß von Verwahrungsverträgen. Zur Beförderung von Postsendungen ist die Eisenbahn nach Art. 2 des Gesetzes vom 20. 12. 1875 (RGBl. S. 318) verpflichtet; sie muß auf Verlangen der Post mit jedem regelmäßigen Zug einen Postwagen unentgeltlich, weitere Postwagen und andere als die in Art. 2 a und b aufgeführten Sachen gegen Frachtkosten befördern. Ähnliches gilt in Preußen für die Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen auf Grund des § 42 des Gesetzes vom 28. 7. 1892 (Pr.G.S. S. 225). Für den internationalen Güterverkehr ist das „Internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr" (I.Ü.G.) vom 23. 10. 1924 (RGBl. 1925, II, S. 183) ratifiziert von Deutschland nebst den meisten übrigen Staaten und in Kraft getreten am 1. 10. 1928 (RGBl. 1928, II, S. 162) maßgebend; in Art. 5 § 1 heißt es: „Jede diesem Übereinkommen unterstehende Eisenbahn ist verpflichtet, die Beförderung aller im Sinne dieses Übereinkommens zugelassenen Güter nach dessen Bestimmungen zu übernehmen, sofern usw.".

Für die Personenbeförderung auf den Eisenbahnen wird der Kontrahierungszwang durch § 472 HGB. („Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen") und durch § 3 der E.V.O. v. 16. 5. 1928 („Die Eisenbahn kann die Beförderung nur verweigern, wenn a] den geltenden Beförderungsbedingungen . . . usw. nicht entsprochen wird") festgelegt. Im internationalen Personenverkehr gilt der Kontrahierungszwang zufolge Art. 4 des „Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr" (I.Ü.P.) vom 23. 10. 1924 (RGBl. 1925, II, S. 483) ratifiziert von Deutschland nebst den meisten übrigen Staaten und in Kraft getreten am 1. 10. 1928 (RGBl. 1928, II, S. 161); er besagt: „Soweit ein internationaler Tarif besteht oder eine Anschlußbeförderung nach Art. 3 vorgesehen ist, kann die Beförderung nicht verweigert werden, wenn a] der Reisende den Bedingungen dieses Übereinkommens nachkommt usw.".

Die unter dem Abschlußzwang zustandegekommenen Güterbeförderungs- und Personenbeförderungsverträge sind Werkverträge, deren Inhalt in weitgehendem Maße von dem HGB. und besonders der Eisenbahnverkehrsordnung festgesetzt ist, sodaß auch die Inhaltsfreiheit sehr beschränkt ist. Diese weitgehenden Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind daraus zu erklären, daß die Eisenbahnunternehmungen in ihren Gewerben ein tatsächliches Monopol ausüben, d. h. sie haben wegen der Unfähigkeit anderer, ebenso schnell und billig Güter zu befördern, keine Konkurrenz und könnten deshalb den Benutzern unangemessene Bedingungen auferlegen. Ob allerdings dieses Monopol in Zukunft sich erhalten wird, ist eine Frage der weiteren Entwicklung der Technik; immerhin beginnen Kraftwagen und Flugzeug in einen gewissen Wettbewerb zu treten, doch wegen der erhöhten Kosten noch nicht in einem Maße, daß das tatsächliche Monopol der Eisenbahnen in absehbarer Zeit erschüttert werden könnte.

b) Die gleichen Erwägungen haben auch zu dem Kontrahierungszwang der Post geführt; nur noch in verstärktem Maße: hat doch die Post nicht nur ein tatsächliches Monopol wie die Eisenbahn, sondern infolge des Postzwangs (§ 1 des

Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. 10. 1871, RGBl. S. 347) ein rechtliches Monopol; sie ist kraft Rechtssatzes ausschließlich berechtigt, innerhalb des Deutschen Reiches bestimmte Postgeschäfte zu betreiben. Deshalb bestimmt § 3 des genannten Gesetzes: „Die Annahme und Beförderung von Postsendungen darf von der Post nicht verweigert werden, sofern die Bestimmungen dieses Gesetzes und des Reglements (d. i. die Postordnung in der Fassung vom 30. 1. 1929, RGBl. 1929 I, S. 33) beobachtet werden". Also ein Kontrahierungszwang! Derselbe besteht außerdem für die Personenpostbeförderung (§§ 52, 53, 61 der Postordnung), den Postzeitungsvertrieb (§ 3 Satz 2 des Postgesetzes), den Postscheckverkehr (§ 1 des Postscheckgesetzes in der Fassung vom 22. 3. 1921, RGBl. S. 247) und den internationalen Postverkehr (Weltpostvereinsvertrag mit Nebenübereinkommen vom 28. 8. 1924, RGBl. 1925, II, S. 517 ff., von Deutschland ratifiziert lt. Bekanntmachung vom 23. 9. 1925, RGBl. II, S. 947). Da das Reich ferner das Telegraphen- und Fernsprechmonopol (§ 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen in der Fassung vom 14. 1. 1928, RGBl. I, S. 8, d. i. die Neufassung des Telegraphengesetzes von 1892: „Das Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten, Fernsprechanlagen und Funkanlagen zu errichten und zu betreiben, steht ausschließlich dem Reiche zu") besitzt, besteht auch für diesen Zweig des Postbetriebes ein Kontrahierungszwang; denn § 7 besagt: „Jedermann hat gegen Zahlung der Gebühren das Recht auf Beförderung von ordnungsmäßigen Telegrammen und auf Zulassung zu einem ordnungsmäßigen Gespräch auf den für den öffentlichen Fernmeldeverkehr bestimmten Anlagen. Vorrechte bei der Benutzung der dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen und Ausschließungen von der Benutzung sind nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig" und § 8 lautet: „Sind an einem Orte Fernmeldeanlagen für den Ortsverkehr, sei es von der deutschen Reichspost, sei es von der Gemeindeverwaltung oder von einem anderen Unternehmer zur Benützung gegen Entgelt errichtet, so kann jeder Eigentümer eines Grundstücks gegen Erfüllung der von jenen

zu erlassenden und öffentlich bekanntzumachenden Bedingungen den Anschluß an das Lokalnetz verlangen".

Die verschiedenen von der Post abgeschlossenen Rechtsgeschäfte — ihr Inhalt ist durch die Postordnung, die Telegraphenordnung und andere Ordnungen weitgehendst festgelegt (also Inhaltszwang) — sind überwiegend Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB.; die Rechtsnatur einzelner (z. B. des Fernsprechanschlußvertrags) sind im Schrifttum lebhaft umstritten. Näher hierauf einzugehen, überschreitet den Rahmen der vorliegenden Arbeit. Es genügt festzustellen, daß nach der herrschenden Meinung[1]) die Postgeschäfte dem Privatrecht angehören: die Post ist eine öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Betriebsform und nicht mit öffentlichrechtlicher Anstaltsnutzung. Die herrschende Meinung stützt sich auf den Ausdruck des Postgesetzes in § 50 II, wonach die Postordnung „als Bestandteil des Vertrages zwischen der Postanstalt und dem Absender bezw. Reisenden" gilt; es könnte nicht von einem Vertrag gesprochen werden, wenn man bei Schaffung des Postgesetzes von Anstaltsnutzung ausgegangen wäre.

c) Ferner besteht ein Kontrahierungszwang der Reichsbank insofern, als sie nach § 22 des Bankgesetzes vom 30. 8. 1924 (RGBl. II, S. 235) verpflichtet ist, Barrengold zum festen Satze von 1392 Reichsmark für das Pfund fein gegen ihre Noten umzutauschen. Diese Bestimmung ist ein Ausfluß des der Reichsbank gewährten Notenprivilegs: wenn die von ihr ausgegebenen Banknoten außer Reichsgoldmünzen das einzige unbeschränkte gesetzliche Zahlungsmittel sind (§ 3 II des Bankgesetzes) — die wenigen Noten der 4 noch bestehenden Privatnotenbanken (Bayerische, Sächsische, Württembergische, Badische) sind nicht gesetzliche Zahlungsmittel (§ 5 des Privatnotenbankgesetzes vom 30. 8. 1924, RGBl. II,

1) Vgl. u. A. Laband III, S. 82 ff. und die dort angeführten Schriften; ebenso die bisherige Rspr. des RG. in Bd. 57, 150; 60, 24; 67, 182; 70, 397; 76, 424; 84, 340; 104, 141; 107, 41; 109, 103. Insbesondere wird auf die eingehenden Darlegungen über die „Postverträge" bei Hellwig, S. 516 ff. verwiesen.

S. 246) —, muß sie im allgemeinen Interesse auch gehalten sein, dieselben gegen Hingabe von Barrengold herzugeben.

d) Weitere Beispiele von Kontrahierungszwang enthalten zwei Gesetze, welche man als die „Monopolgesetze" bezeichnen könnte, nämlich das „Gesetz über das Branntweinmonopol" vom 8. 4. 1922 (RGBl. 1922, I, S. 405 ff.) und das „Zündwarenmonopolgesetz" vom 29. 1. 1930 (RGBl. 1930, I, S. 11 ff.). Gemäß § 96 I des Branntweinmonopolgesetzes sind Monopolerzeugnisse an jeden, der sich gewerbsmäßig mit dem Verkauf von Trinkbranntwein[1]) an Verbraucher befaßt (Wiederverkäufer), nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Bestände zu liefern, und in § 9 des Zündwarenmonopolgesetzes heißt es: „Die Monopolgesellschaft ist verpflichtet, nach Maßgabe ihrer Lieferungsbedingungen und der Lieferungsmöglichkeit Zündwaren an jeden inländischen Besteller in angemessenem Umfange abzugeben. Unterschiedliche Behandlung der Abnehmer untereinander ist unzulässig." Damit ist der Kontrahierungszwang zwar nicht wörtlich, doch der Sache nach anerkannt; er ist erforderlich, um Schädigungen der auf die Monopolware Angewiesenen zu verhindern. Wie sehr der Kontrahierungszwang mit der Innehabung eines Monopols zusammenhängt, zeigen diese beiden Gesetze, welche den Monopolgedanken zum Ausgangspunkt und zur Grundlage haben und in ihren Gegenständen den Monopolen der Privatwirtschaft sehr nahe kommen.

e) Einem Kontrahierungszwang sind in Preußen die in einzelnen Provinzen bestehenden Brandkassen und Feuersozietäten unterworfen; denn das für sie maßgebende preußische Gesetz betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. 7. 1910 (Pr.G.S. 1910, S. 241) bestimmt in § 9: „Innerhalb ihres Gebietes ist jede öffentliche Feuerversicherungsanstalt verpflichtet, jedes Gebäude gegen Brandschaden zu versichern, sofern nicht einer der in § 10 vorgesehenen Ablehnungsgründe vorliegt". Hier ist der Kontrahierungszwang eine Folge dessen, daß der einzelne Grund-

1) Bezügl. des unverarbeiteten Branntweins ist in § 87 kein Kz. angeordnet (Vgl. RG. Bd. 115, S. 258).

besitzer für die Versicherung seiner Gebäude auf die für deren Gebiet zuständige Feuerversicherungsanstalt angewiesen ist.

f) Auch zahlreiche Gewerbetreibende und Berufe unterstehen einem Zwang zum Vertragsabschluß. Dieselben sind in der Hauptsache in den §§ 29 ff. der GewO. genannt und auf Grund einer Approbation (§ 29 GewO.), einer Konzession (§§ 30 ff. der GewO.), eines Prüfungszeugnisses (§§ 30 a, 31 GewO.), einer Beeidigung und öffentlichen Anstellung (§ 36 GewO.) oder einer sonstigen behördlichen Regelung tätig. Ihnen ist der Kontrahierungszwang entweder allgemein durch örtliche Polizeiverordnungen oder besonders bei Erteilung der Approbation, Konzession usw. auferlegt. Denn sie alle haben eine öffentliche Zweckbestimmung und das öffentliche Interesse erfordert, daß jeder, der sich dieser Gewerbe und Berufe bedient, in gleicher Weise behandelt wird. Würden der Abschluß- und vielfach auch der Inhaltsfreiheit keine Schranken gesetzt, wären Schädigungen der Allgemeinheit nicht zu vermeiden.

Zu den einem Kontrahierungszwang unterliegenden Gewerbebetrieben gehört vor allem das öffentliche Beförderungsgewerbe; es sind dies Pferde- und Kraftdroschken, Omnibusse, Hoch- und Untergrundbahnen, elektrische Straßenbahnen u. dgl. Die näheren Bestimmungen sind in Polizeiverordnungen enthalten. Als Beispiel sei die Droschkenordnung für den Ortspolizeibezirk Berlin vom 16. 2. 1905 genannt, in welcher § 83 besagt, daß jede reinlich gekleidete Person als Fahrgast aufzunehmen ist, und § 85 jeden Kutscher verpflichtet, jede Fahrt anzunehmen und sofort auszuführen. Ähnlich heißt es in § 63 der Polizeiverordnung über das öffentliche Fuhrwesen in Wiesbaden vom 4. 4. 1912: „Jede reinlich gekleidete Person muß als Fahrgast zugelassen werden. Betrunkenen Personen kann die Fahrt verweigert werden. Personen, welche mit einer ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit behaftet sind, darf der Droschkenführer nicht in seine Drosche aufnehmen". Andere Polizeiverordnungen, besonders diejenigen betr. Straßenbahnen und Omnibusse statuieren den Kontrahierungszwang negativ,

indem sie nur diejenigen Personen aufzählen, welche von der Beförderung auszuschließen sind, so die Wiesbadener Polizeiverordnung über den Omnibusbetrieb vom 30. 12. 1927 in § 37: „Personen, welche betrunken sind oder durch abschreckende Krankheit, Unsauberkeit, ungebührliches Benehmen, Ausspucken in den Wagen usw. lästig fallen, können durch das Betriebspersonal von der Mit- oder Weiterfahrt ausgeschlossen werden". In diesem Zusammenhang sind noch die Dienstmänner[1]) zu erwähnen, denen ebenfalls durch Polizeiverordnungen ein Vertragsabschluß zur Pflicht gemacht ist (genannt sei die Polizeiverordnung betr. das Dienstmannsgewerbe in Wiesbaden vom 30. 1. 1930, deren § 8, Abs. I lautet: „Der Dienstmann darf, solange er dienstfrei ist, die Annahme von Aufträgen nicht verweigern. Die ihm übertragenen Arbeiten hat er nach den Bestimmungen des Auftraggebers pünktlich, sorgfältig und in möglichst kurzer Zeit auszuführen").

Von den Berufen, die einem Zwang zum Vertragsabschluß unterliegen, sind in erster Linie die Apotheker zu nennen. Der Kontrahierungszwang ist vielfach in landesgesetzlichen Vorschriften enthalten (vgl. für Preußen die heute noch gültigen §§ 469, 470, II, 8 des Allgem. Landrechts; § 469 lautet: „Ein Apotheker ist schuldig, dafür zu sorgen, daß die nötigen Arzneimittel bei ihm in gehöriger Güte zu allen Zeiten zu haben sind" und § 470 besagt: „Auch muß er solche Veranstaltungen treffen, daß das Publikum und die Kranken mit deren Zubereitung, es sei bei Tage oder bei Nacht, schleunig gefördert werden"). Für Rechtsanwälte besteht ein Kontrahierungszwang, wenn sie gemäß der §§ 33, 34, 36 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878 (RGBl. S. 177) durch gerichtliche Verfügung einer Partei oder dem

1) Sie dürfen ihre Dienste nur auf öffentl. Straßen und Plätzen anbieten und Bahnhöfe nur betreten, soweit es zur Erledigung eines Auftrags nötig ist. Für die auf den Bahnhöfen tätigen Gepäckträger ist § 38 der E.V.O. v. 16. 5. 28 maßgebend: „Auf Bahnhöfen, wo das Bedürfnis besteht, werden Gepäckträger bestellt, die das Reise- und Handgepäck innerhalb des Bahnhofsbereichs nach den von den Reisenden bezeichneten Stellen zu bringen haben.

Angeklagten beigeordnet sind; dagegen besteht er im übrigen zufolge § 30 RAO. (Der Rechtsanwalt, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären) nicht[1]). Für weitere Berufe wird zu Unrecht verschiedentlich im Schrifttum ein Kontrahierungspflicht angenommen. Daraus, daß der Gerichtsvollzieher nach § 26 der Preuß. Gerichtsvollzieherordnung vom 23. 3. 1914 zur Übernahme der Aufträge verpflichtet ist, kann nicht, wie es Nipperdey S. 44 tut, die Kontrahierpflicht geschlossen werden. Der Gerichtsvollzieher nimmt zwar eine eigentümliche Doppelstellung dem Gläubiger gegenüber ein: er ist Beamter und Beauftragter; die Pflicht, den erteilten Auftrag anzunehmen, ist aber — darin ist Enneccerus (Bd. I,2 § 365, Anm. 15) beizustimmen — eine den Kontrahierungszwang ausschließende Amtspflicht, über deren Vorliegen im einzelnen Fall bei Meinungsverschiedenheit zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger das Vollstreckungsgericht gemäß § 766, Abs. II ZPO. zu entscheiden hat und deren Verletzung den Gerichtsvollzieher disziplinarischer Bestrafung aussetzt. Desgleichen ist ein Kontrahierungszwang für Ärzte zu verneinen; denn § 144, Abs. II GewO. bestimmt ausdrücklich: „Jedoch werden aufgehoben die für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung von Strafen einen Zwang zu ärztlicher Hilfe auferlegen". Trotzdem bejaht Biermann (S. 284) — m. E. zu Unrecht — den Kontrahierungszwang für Ärzte; er sieht ihn in dem ausschließlichen Recht, sich Arzt zu nennen, begründet und ist der Meinung, mit der Entfernung des Wohnungsschildes falle dieses Recht und damit die Kontrahierpflicht fort. Er verkennt dabei, daß die Approbation, nicht das Wohnungsschild, das Recht auf die Bezeichnung „Arzt" gibt und diese nicht mit der Entfernung des Türschildes entfällt. Und die Approbation legt keinen Kontrahierungszwang auf.

1) So Biermann, S. 285 und Nipperdey, S. 52; a. A. Fürst, S. 183, der einen Kz. gewohnheitsrechtl. begründet sieht und Wimpfheimer, S. 23, Anm. 5, der dies zwar ablehnt, aber einen Kz. zufolge zwingender Standesregeln bezw. Standesübung bejaht.

Aus den soeben behandelten Fällen ist zu ersehen, daß auch bei Gewerbetreibenden und Berufen ein Zwang zum Vertragsabschluß nur auf Grund ausdrücklicher Vorschrift angenommen werden darf; ohne sie ist die Beschränkung der Gewerbe- und Vertragsfreiheit durch einen Kontrahierungszwang unzulässig. Daher muß der Ansicht mancher (u. a. Laband, III, S. 54 Anm. 6, S. 83), daß schon aus der Konzession eines Gewerbes allein ein Kontrahierungszwang folge, entgegengetreten werden (vgl. Fürst, S. 183, 184); sie wäre verständlich, wenn mit der Konzession eine Pflicht zur tatsächlichen Ausübung des Gewerbes verbunden wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Wie schon der Name „Konzession" besagt, ist sie lediglich eine Erlaubnis zu einem Gewerbebetrieb, eine Zulassung, die mitunter (vgl. § 49 GewO.) hinfällig ist, wenn von ihr in bestimmter Zeit kein Gebrauch gemacht wird. Sie will nur sichern, daß für die Öffentlichlichkeit keine Gefahr bei Benutzung der betr. Unternehmung vorhanden ist. Der Einschränkung Biermanns (S. 277 ff.), zum mindesten sei ein Kontrahierungszwang in den Fällen anzunehmen, in denen die Konzessionserteilung von der Bedürfnisfrage abhänge, kann nicht gefolgt werden. Denn durch Prüfung der Bedürfnisfrage soll nur verhindert werden, daß die Zahl der Gewerbebetriebe über das Bedürfnis hinaus anwächst und dadurch Gefahren für die Allgemeinheit entstehen; keineswegs erkennt aber der Staat das Bedürfnis als ein berechtigtes, für dessen Befriedigung er Sorge zu tragen hätte, an. Daher entfällt ein Kontrahierungswang für konzessionierte Krankenanstalten (§ 30 GewO.), Schauspielunternehmungen (§ 32 GewO.) u. dgl.[1])

1) Opet, S. 255 ff., lehnt mit Recht verschiedene Versuche, einen Kz. für Theater zu begründen, ab. Ihm kann aber nicht gefolgt werden, wenn er ohne weiteres für vom Staat oder öffentlich-rechtlichen Verbänden betriebene Theater einen Kz. bejaht. Es besteht kein Grund, sie anders als private Theater zu behandeln. Soweit er die Offerte ad omnes für die Theaterunternehmungen heranzieht, fallen seine Ausführungen aus dem Rahmen der Rechtsfigur des Kz. heraus; es ist dann ein Zwang infolge eigener Willensbindung. Die Ankündigungen der Theaterunternehmungen sind aber nur Aufforderungen zur Abgabe von Offerten.

Anders liegt es in den Fällen, wo eine ausschließliche Gewerbeberechtigung nach Art der früheren Zwangs- und Bannrechte vorhanden ist. Dann ergibt sich stillschweigend aus dem Gesetz oder der Verordnung der Kontrahierungszwang. Es wäre widersinnig, jemanden auf einen genau bestimmten Gewerbetreibenden anzuweisen und letzterem nicht das Recht zur Ablehnung eines Vertragsabschlusses zu nehmen. So sind auf Grund des § 39 GewO. in den meisten deutschen Ländern Kehrbezirke für Schornsteinfeger eingerichtet (z. B. in Preußen durch Ges. betr. die Einrichtung von Kehrbezirken für Schornsteinfeger vom 24. 4. 1888 [G. S. S. 79]; in Bayern durch Art. 15 des Gewerbegesetzes vom 30. 1. 1868 und die allerhöchste Verordnung vom 26. 3. 1903); in jedem Kehrbezirk ist nur ein bestimmter Schornsteinfeger zugelassen, dessen sich die Hausbesitzer zufolge ihrer Verpflichtung aus § 368 Ziff. 4 StrGB., für rechtzeitige Reinigung der Schornsteine zu sorgen, bedienen müssen. Daraus folgt, ohne daß eine ausdrückliche Anordnung besteht, zwingend die Verpflichtung der einzelnen Schornsteinfeger, mit den Hausbesitzern ihres Kehrbezirks Verträge über die Reinigung der Schornsteine abzuschließen. Ähnlich verhält es sich mit den eine ausschließliche Gewerbeberechtigung besitzenden Abdeckereien und Wasenmeistereien (§ 7 Ziff. 2 GewO.; § 17 Ziff. 14 des Reichsviehseuchenges. vom 26. 6. 1909 [S. 515], das RG. betr. die Beseitigung von Tierkadavern vom 17. 6. 1911 [S. 248] und für Preußen die Gesetze vom 31. 5. 1858 [G. S. S. 339] und 17. 3. 1872 [G. S. S. 717]).

g) Schließlich muß noch ein Fall von Kontrahierungszwang erwähnt werden, der infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse der Nachkriegszeit entstanden ist und sich bis heute, wenn auch in begrenztem Umfange[1]), erhalten hat. Er ist durch § 4 des Wohnungsmangelgesetzes vom 26. 7. 1923 (RGBl. I, S. 754) festgesetzt: „Die Gemeindebehörde kann für eine unbenutzte Wohnung oder andere unbenutzte Räume, die zu

1) Vgl. für Preußen die Verordnungen über die Lockerung der Wohnungszwangswirtschaft vom 11. 11. 26 (G.S., S. 300); 4. 10. 27 (G.S., S. 192); 13. 10. 27 (G.S., S. 195); 29. 5. 1929 (S. 68) und 26. 2. 1930 (S. 29).

Wohnzwecken geeignet sind, von dem Verfügungsberechtigten verlangen, daß er mit einem der ihm bezeichneten Wohnungssuchenden innerhalb einer angemessenen Frist einen Mietvertrag abschließt. Kommt ein Mietvertrag nicht zustande, so setzt auf Anrufen der Gemeindebehörde das Mieteinigungsamt, falls für den Verfügungsberechtigten kein unverhältnismäßiger Nachteil aus der Vermietung an sich oder aus der Art des Mieters zu besorgen ist, einen Mietvertrag fest . . . . Der Inhalt des Vertrages gilt den Parteien gegenüber als vereinbart. Das Mieteinigungsamt kann dabei anordnen, daß die Gemeinde an Stelle des Wohnungssuchenden als Mieter gilt und berechtigt ist, die Mieträume des Wohnungssuchenden weiterzuvermieten." Der über unbenutzte Wohnräume Verfügungsberechtigte ist also infolge der „Bezeichnung" der Gemeindebehörde zum Abschluß eines Mietvertrages verpflichtet: Kontrahierungszwang. Daraus, daß die Durchsetzung desselben nicht durch eine Klage auf Vertragsabschluß vor dem ordentlichen Gericht erfolgt, sondern durch Festsetzung des Mietvertrages seitens des Mieteinigungsamtes, lassen sich Bedenken gegen die Annahme eines Kontrahierungszwanges nicht herleiten. Dagegen enthält § 5 des Wohnungsmangelgesetzes („Auf Anfordern der Gemeindebehörde hat der Verfügungsberechtigte der Gemeinde unbenutzte Fabrik-, Lager-, Werkstätten-, Dienst-, Geschäftsräume oder sonstige Räume (auch Dachgeschoße) zur Errichtung als Wohnräume gegen Vergütung zu überlassen") keinen Kontrahierungszwang, sondern nur eine enteignungsähnliche, öffentlich-rechtliche Überlassungspflicht (a. A. Nipperdey, S. 76).

§ 6.

Zwang zum Vertragsabschluß auf Grund besonderer Vorschriften: Autonome Satzung.

Außer in Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen finden sich Fälle von Kontrahierungszwang in den „autonomen Satzungen" welche von öffentlich-rechtlichen Verbänden (Selbstverwaltungskörpern) für ihre Mitglieder in den Grenzen ihrer Zuständigkeit gegeben werden (z. B. Ortsstatuten, Innungsstatuten u. dgl.). Sie sind recht selten, da die Ein-

richtungen, bei denen der Zwang zum Vertragsabschluß praktisch werden kann, in der Regel öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind: als Anstaltsnutzung mit Zulassungszwang. Von den wenigen Beispielen seien genannt: städtische Pfandleih- und städt. Desinfektionsanstalten. Die Pfandleihanstalten sind verpflichtet, den Angehörigen der diese unterhaltenden Gemeinde verzinsliche Darlehen gegen Hingabe beleihbarer beweglicher Pfandstücke zu gewähren, und die Desinfektionsanstalten müssen die beantragten Desinfektionen nach dem aufgestellten Tarif ausführen. Aber auch in diesen Fällen wird manchmal nicht der privatrechtliche Kontrahierungszwang, sondern öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang anzunehmen sein.

§ 7.

Zwang zum Vertragsabschluß auf Grund besonderer Vorschriften: Staatlich bestätigte rechtssetzende Vereinbarung Privater.

Ein Zwang zum Vertragsabschluß kann ferner durch eine „rechtssetzende Vereinbarung Privater", welche staatlich bestätigt wurde und so eine Quelle objektiven Rechts darstellt, auferlegt sein. Es sind dies die Tarifverträge[1]) nach der Tarifvertragsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. 3. 1928 (RGBl. I, S. 47). Wird z. B. in einem Tarifvertrag, der einen Streik beendet, gesagt, daß die infolge des Streiks entlassenen Angestellten und Arbeiter wieder einzustellen sind, dann bedeutet diese Bestimmung für die einzelnen Arbeitgeber einen Zwang zum Abschluß eines neuen

1) Tarifverträge sind schriftliche, freiwillig oder im Schlichtungsverfahren zustande gekommene Vereinbarungen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einem oder mehreren Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern, in denen die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen geregelt sind; von der tariflichen Regelung abweichende Vereinbarungen der Beteiligten sind grundsätzlich unwirksam (§ 1 Tarifvertr.). Ist ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt, dann ist er innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs für Arbeitsverträge, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen, auch verbindlich, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer oder beide an dem Tarifvertrag nicht beteiligt sind (§ 2 Tar.Vertr.Ver.).

Arbeitsvertrages. Die vereinzelt im Schrifttum vertretene Meinung, es werde kein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen, sondern die Kündigung bezw. fristlose Entlassung zurückgenommen, sodaß der alte Arbeitsvertrag wieder maßgebend sei, wird von der herrschenden Meinung mit Recht abgelehnt (vgl. im einzelnen Jacobi, S. 197 ff. und die dort angeführten Schriftsteller).

§ 8.

Zwang zum Vertragsabschluß auf Grund der allgemeinen Vorschrift des § 826 BGB.

I.

In der bisherigen Darstellung wurden nur Sondervorschriften erwähnt, die für eine bestimmte Anstalt, einen bestimmten Beruf, ein bestimmtes Gewerbe, welche fast alle eine monopolartige Stellung einnehmen, im Einzelfalle einen Zwang zum Vertragsabschluß anordnen. Es liegt deshalb nahe, nach einem allgemeinen Rechtssatz zu forschen, der für gewisse Interessenlagen einen Kontrahierungszwang verlangt, mit anderen Worten: es fragt sich, ob nicht etwa aus den Einzelfällen durch Rechtsanalogie ein allgemeiner Satz ableitbar ist dahin, daß der Kontrahierungszwang ein notwendiges Korrelat jeder Monopolstellung ist. Zur Beantwortung dieser Frage muß kurz auf die Analogie eingegangen werden.

Unter Analogie ist die Ausdehnung der aus dem Gesetz entwickelten Prinzipien auf Fälle zu verstehen, bei denen eine Gleichheit der Interessenlage mit den im Gesetz behandelten Fällen besteht. Dabei ist die Gesetzesanalogie, welche von einem einzelnen Rechtssatz ausgeht, von der Rechtsanalogie zu unterscheiden. Letztere geht von einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften aus, sie entwickelt aus ihnen allgemeinere Grundsätze und wendet sie auf Tatbestände an, für die keine Gesetzesbestimmungen zutreffen. Die Zulässigkeit der Analogie ist im Prinzip unzweifelhaft[1]); Schwierigkeiten entstehen aber, wenn singuläres, regelwidriges Recht in Frage kommt. Denn Rechtssätze, die eine Aus-

1) Vgl. Bovensiepen in Handw. d. Rechtswissensch., S. 133 ff.

nahme von einem allgemeinen Rechtsprinzip für bestimmte Fälle darstellen, beseitigen dasselbe nur für letztere und sind einer Ausdehnung durch Analogie grundsätzlich nicht zugänglich[1]); sonst könnte das höhere Prinzip leicht unterhöhlt werden. Von der Bildung eines singulären Rechtssatzes kann aber eine Änderung oder eine allgemeine Einschränkung des ursprünglichen Prinzips ausgehen; eine derartige Weiterbildung des Rechts fällt dann nicht mehr unter den Begriff der Analogie[2]).

Damit ist die Antwort auf unsere Frage gegeben. Der Kontrahierungszwang ist die Ausnahme, der singuläre Rechtssatz, gegenüber dem allgemeinen Prinzip, der Vertragsfreiheit. Wenn auch bei der Anordnung der Ausnahme für einzelne bestimmte Anstalten, Gewerbe und Berufe ein einheitlicher Gedanke — Auswirkung einer Monopolstellung — nicht zu verkennen ist, so ist doch ein Analogieschluß dahin, daß zu jedem Monopol notwendigerweise ein Zwang zum Vertragsabschluß gehört, nicht gerechtfertigt, ja unzulässig. Denn dies wäre eine Verallgemeinerung des singulären Rechtssatzes, die eine zu allgemeine Einschränkung des höheren Prinzips der Vertragsfreiheit bedeutet, und würde eine Weiterbildung des Rechts sein, die über den Rahmen der bei Sonderbestimmungen statthaften Analogie hinausgeht und nicht mehr mit ihrem Begriff gedeckt werden kann. Hiernach verbietet sich die Annahme, der Kontrahierungszwang sei für jedes Monopol als allgemeines Prinzip im Geiste des gesetzten Rechtes enthalten. Die in den einzelnen Spezialgesetzen enthaltenen Regelungen lassen nur den Schluß zu, daß ein die Vertragsfreiheit einschränkender Vertragszwang grundsätzlich dem geltenden Recht nicht widerspricht.

---

1) Vgl. RG. Bd. 47, 359 ff. u. 65, 175. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann allenfalls dann zugelassen werden, wenn die Analogie nur innerhalb des engeren, dem singulären Rechtssatz zugrundeliegenden Prinzips angewandt werden soll; nur insoweit ist sie auch bei Sonderbestimmungen zulässig (vgl. Bovensiepen, a. a. O.)

2) Vgl. die Ausführ. Hedemanns, Wirtschaftsrecht, S. 301, der in solchem Falle die Formeln Analogie und argumentum e contrario für unergiebig hält; „In Wahrheit handelt es sich um ein schöpferisches Gestalten".

Soweit im Schrifttum die Anwendung der Analogie überhaupt erörtert ist[1]), wird sie abgelehnt und ein argumentum e contrario für am Platze gehalten: in der Festlegung einiger Einzelfälle von Kontrahierungszwang liege gleichzeitig die Ablehnung eines allgemeineren, die Vertragsfreiheit einschränkenden Prinzips. Nur Wimpfheimer (S. 25/26) setzt sich mit beachtenswerten Ausführungen für den Analogieschluß ein und sieht damit die Frage, ob allgemein für Monopole ein Zwang zum Vertragsabschluß bestehe, beantwortet. Die Darlegungen sind überzeugend, wenn ihr Ausgangspunkt — Zulässigkeit der Analogie — bejaht wird. In dieser Hinsicht schweigt Wimpfheimer; er sieht sie wohl als selbstverständlich an. Aber hierin kann, wie sich aus Vorstehendem ergibt, Wimpfheimer nicht gefolgt werden, sodaß auch seine Schlußfolgerungen, wenigstens bei dieser Begründung, abgelehnt werden müssen.

II.

Eine allgemeine Bestimmung, mit der ein Zwang zum Vertragsabschluß für bestimmte Interessenlagen begründet werden kann, ist § 826 BGB., wonach jemand zum Schadenersatz verpflichtet ist, der einem Anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt.

§ 826 ist eine Verbotsnorm; in der Feststellung der Schadensersatzpflicht liegt das Verbot der schädigenden Handlung beschlossen. Diesem Verbot entfließt eine Unterlassungspflicht, da anerkanntermaßen[2]) jede Handlung in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann. Die Unterlassung muß aber rechtswidrig sein, d. h. es muß eine Rechtspflicht zu positivem Tun bestehen, sonst kann eine Unterlassung niemals eine Schadensersatzpflicht begründen. Die Pflicht zum Tun wird sich häufig aus einem außerhalb des Tatbestandes der unerlaubten Handlung liegenden Rechtsverhältnis (z. B. Dienstvertrag) ergeben, kann aber auch dadurch begründet sein, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 bei der Schadenszufügung durch Unterlassung vorliegt.

1) Vgl. Planck, Vorbem. V,3 vor § 631; Elster, S. 701.
2) Vgl. Enneccerus I,2, § 453 II,1; Planck, Bem. II,1 zu § 826.

Denn wenn eine sittenwidrige Schädigung eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht, ist die sittenwidrige Schädigung selbst als verboten, als rechtswidrig gekennzeichnet. Daraus folgt, daß eine Pflicht zur Schadensverhütung, die von einem Gebot der guten Sitten gefordert wird, einer Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch Tun gleichzusetzen ist und daß eine gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung durch Unterlassen eine rechtswidrige Schadenszufügung durch Unterlassen ist.

Die Verweigerung eines Vertragsabschlusses oder wie es Nipperdey S. 54 im Anschluß an Krückmann[1]) formuliert hat: „die Abkehr von einem Rechtsgenossen" ist rechtlich als ein Unterlassen aufzufassen. Wenn sie gegen die guten Sitten verstößt und dem den Vertragsabschluß Begehrenden einen Schaden zufügen würde, besteht eine Rechtspflicht zur Unterlassung der Weigerung oder m. a. W., da ein doppeltes Negativ ein Positiv ergibt, eine Rechtspflicht zum Vertragsabschluß, ein Kontrahierungszwang. „Sein innerer Rechtsgrund ist zugleich seine notwendige positivrechtliche Voraussetzung"[2]). Sie ist die zu erwartende sittenwidrige Schädigung eines Rechtsgenossen, die verhütet werden soll.

Um nun festzustellen, wann durch die Ablehnung eines Vertragsschlusses eine sittenwidrige Schädigung eintritt, muß kurz auf den Begriff der guten Sitten eingegangen werden. Er gehört in das Grenzgebiet zwischen Moral und Recht, ist vielumstritten und, weil er in der Volksmoral begründet ist, dem Wandel der Zeiten und Anschauungen unterworfen. Wenn das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 48, S. 124ff. sagt, daß sittenwidrig ist, was „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht", so gewinnt es den Anschein, als ob es nur auf die äußeren Anstandsregeln abstellen wolle. Dies wäre nicht zu billigen. Wie aber die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts erkennen lassen[3]), hat es doch die Rechtsmoral des Volkes als aus-

1) Krückmann, Boykott im Lohnkampf, S. 4 ff.

2) Nipperdey, S. 58.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger Bem. 3 c δ zu § 826; insbes. RG. 55, 372; 56, 279; 64, 62; 65, 333; 72, 176; 73, 113; 76, 112, 138, 318; 77, 220; 79, 417; 96, 313; 104, 330; 111, 256; 113, 38; 115, 417.

schlaggebend in Betracht gezogen. Hierin ist ihm beizupflichten. Da die Rechtsordnung nicht alle Verstöße gegen die reine Moral, sondern nur die groben Verstöße gegen Moral und Sittlichkeit verhindern kann und will, ist die Rechtsmoral das „ethische Minimum", das die Rechtsordnung an die Moral der Rechtssubjekte stellt und deren Maß sich nach dem „heutigen sittlichen Bewußtsein des deutschen Volkes, der heute geübten nationalen Volksmoral" sich richtet. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist also, wie Nipperdey S. 61 mit Recht sagt, „die Nichterfüllung der sittlichen Mindestforderungen, die die heute geübte Moral des deutschen Volkes für das Handeln der Rechtsgenossen aufstellt". Liegt ein solcher Verstoß in der Abkehr eines Rechtsgenossen, ist sie — um es zu wiederholen — rechtswidrig, sodaß sie zur Abwendung des daraus drohenden Schadens den Kontrahierungszwang zur Folge hat. Demnach enthält § 826, indem er die Berechtigung, keinen Vertrag abzuschließen, unter gewissen Voraussetzungen ausschaltet, einen allgemeinen Kontrahierungszwang.

Wann im einzelnen in der Verweigerung eines Vertragsabschlusses ein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen und der Zwang zum Vertragsabschluß aus § 826 angenommen werden kann, ist somit im wesentlichen Tatfrage, die unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände zu entscheiden ist. Dabei ist einmal darauf Bedacht zu nehmen, daß die Schädigung des durch den Kontrahierungszwang Begünstigten eine unverhältnismäßige sein muß, daß dieser sie nicht durch anderweitige Maßnahmen abwenden kann. Wem z. B. der Bezug von Leuchtgas gesperrt wird, kann sich u. U. ohne erhebliche Mehraufwendungen mit dem Bezuge von Elektrizität Ersatz verschaffen. Der begehrte Vertragsabschluß muß ferner dem Betroffenen zumutbar sein. Vergrößert sich plötzlich die Bevölkerung eines kleineren abgelegenen Ortes etwa infolge eines Diamantenfundes in der Umgebung, so kann dem vielleicht einzigen Bäcker nicht die Belieferung der hinzugekommenen mehreren hundert Personen zugemutet werden. Weiter ist zu beachten, ob nicht die Verweigerung des Vertragsschlusses aus berechtigten Gründen (ex justa

causa) erfolgt. Ein solcher dürfte gegeben sein, wenn der Begünstigte als zahlungsunfähig bekannt ist. Schließlich muß noch betont werden, daß es genügt, wenn die Unterlassung objektiv sittenwidrig ist (vgl. RG. bes. in Bd. 60, S. 7; 61, S. 369); ein Vorsatz muß nicht als Tatbestandsmerkmal für den Unterlassungsanspruch hinzutreten.

III.

In der Rechtslehre wird der Kontrahierungszwang als Schlußfolgerung aus § 826 selten behandelt. Nipperdey (S. 53 ff.), dem die obigen Ausführungen im wesentlichen folgen, setzt sich besonders für ihn ein; ihm haben sich Mertens (S. 9 ff.) und Elster (S. 701) angeschlossen. Dagegen bezeichnet Böhmer (S. 214/215) die Stellungnahme Nipperdeys als einen „gefährlichen Einbruch" in die Vertragsfreiheit; im Hinblick auf § 226 hält er es für unhaltbar, daß jede unter § 826 fallende Handlung rechtswidrig, also ein Verstoß gegen eine Rechtspflicht sei, und lehnt es insbesondere ab, daß „jedem Schadensersatzanspruche ex delicto ein primärer Rechtsanspruch auf Schadensverhütung zu Grunde liege"; eine derartige Behauptung lasse sich nicht allein mit der Berufung auf das „Gebot der praktischen Vernunft" begründen. Diese Kritik Böhmers ist m. E. nicht berechtigt. Wenn auch daraus, daß eine Handlung eine Ersatzpflicht erzeugt, nicht stets folgt, daß sie verboten ist (vgl. § 904), so muß doch eine Handlung verboten und rechtswidrig sein, wenn sie gerade „wegen ihrer Unsittlichkeit" mit einer Schadensersatzpflicht belegt ist (so auch Enneccerus I,2, § 453 Anm. 11 a. E.; K.R.G.R. Bem. 1 zu § 826 und RG. Bd. 101, S. 325: „Eine gegen die Norm des § 826 verstoßende Handlung kann grundsätzlich nicht anders als rechtswidrig sein."); sonst wäre ein sicherer Maßstab zur Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit nicht gegeben. Und daß eine unter § 826 fallende Handlung niemals rechtswidrig wäre, wird wohl nirgends behauptet. Der Hinweis Böhmers auf § 226 versagt, weil die Weigerung eines Vertragsabschlusses, die Unterlassung, kein subjektives Recht, sondern eine sich aus der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit ergebende Befugnis ist und

deshalb niemals von „der Ausübung eines Rechtes“ im Sinne des § 226 gesprochen werden kann; und selbst aus § 226 darf anerkanntermaßen nicht gefolgert werden, daß jede andere Art der Rechtsausübung als die dort verbotene vom Gesetz zugelassen werde (vgl. RG. 86, 194). Zwar muß Böhmer zugegeben werden, daß bei der hier vertretenen Auffassung § 226 streng genommen überflüssig ist; doch daraus ergibt sich nichts gegen dieselbe. Der Gesetzgeber gibt häufig Bestimmungen zur Klarstellung in Zweifelsfällen; ohne § 226 wäre es sehr zweifelhaft, wann die Ausübung eines Rechtes verboten wäre. Der von Böhmer ferner bekämpfte Schluß Nipperdeys von dem Schadensersatzanspruch ex delicto auf einen primären Rechtsanspruch auf Schadensverhütung ist eine Forderung der Logik und der sinn- und zweckentsprechenden Gesetzesauslegung. Es ist nicht einzusehen, warum ein Rechtssubjekt erst abwarten soll, bis ihm ein Schaden zugefügt ist und warum es nicht vorher in der Lage sein soll, den drohenden Schadenseintritt zu verhindern. Denn oft genug bedeutet für den Betroffenen Schadensersatz nicht vollen Ausgleich. Deshalb sagt auch Eltzbacher (S. 111) mit Recht: „Jede Vorschrift nun, die jemandem einen Schadensersatzanspruch wegen erlittenen Unrechtes gewährt, weist notwendig auf eine andere Vorschrift zurück, die dieses Unrecht zu seinen Gunsten verbietet und ihm somit ein Recht auf das entgegengesetze Tun oder Lassen gibt. Diese primäre Vorschrift ist vielleicht nirgends ausgesprochen, dennoch muß sie als bestehend gelten, weil sie die notwendige Voraussetzung der ausgesprochenen sekundären Vorschrift ist“. Dem Schutz des Individuums dienen allerdings, wie Böhmer zutreffend bemerkt, nicht allein auf dem Privatrecht beruhende Ansprüche, sondern auch durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen (Strafgesetze usw.) sucht der Staat Beeinträchtigungen seiner Bürger untereinander zu verhindern. Aber beide schließen sich, wie das Urteil des RG. Bd. 116, S. 151 für die neuerliche Entwickelung der Grundfrage der Stellung des Staates zum Individuum beweist, nicht gegenseitig aus; sie können nebeneinander bestehen, sodaß einem Rechtssubjekt der privatrechtliche Anspruch auf

Unterlassung auch zustehen kann, wenn durch eine Strafvorschrift die ihm drohende schadenstiftende Handlung unter Strafe gestellt ist; man kann nicht sagen, der Schadensverhütung diene die Strafvorschrift und der Schadensausgleich sei dann Aufgabe des Privatrechts. Der Unterlassungsanspruch — das ist ja der Kontrahierungszwang aus § 826 — gehört zu dem im Privatrecht ebenfalls bekannten vorbeugenden Rechtsschutz.

Unrichtig begründet Planck (Vorbem. 4, Abs. 3 vor § 145) den Zwang zum Vertragsabschluß aus § 826: er will das Recht auf die Handlung unter dem Gesichtpunkt des Schadensersatzes, der Naturalrestitution (§§ 249, 250) geben. Er übersieht dabei, daß es sich bei dem Kontrahierungszwang doch um Verhütung eines zu erwartenden Schadens handelt und deshalb nicht von Ersatz eines entstandenen Schadens gesprochen werden kann. Ebensowenig kann Fuld (im Recht 1906, S. 1187 und in „Soziale Praxis“ 1906, S. 1270) und Freeden (S. 80) beigepflichtet werden, wenn sie einen unmittelbaren Kontrahierungszwang aus § 826 ablehnen, aber einen mittelbaren Kontrahierungszwang aus § 826 anerkennen wollen. Ein solcher Unterschied ist nicht vorhanden; der Zwang zum Vertragsabschluß aus § 826 ist ein unmittelbarer. Fuld kommt auch neuerdings (in „Versicherung und Geldwirtschaft“ 1927, S. 261 ff.) nicht mehr auf die Unterscheidung zurück. Hummel hält die Folgerung des Kontrahierungszwanges aus § 826 zwar für theoretisch möglich, er glaubt aber, daß sie in der Praxis keine Rolle spielen könne (S. 130/136), weil dem Begünstigten im Einzelfalle die Begründung seines Anspruchs schwer falle und die Durchsetzung seines Anspruchs zu spät und zu umständlich Hilfe bringe; für einen Rechtsschutz, der nur zu unpraktischen Weiterungen führe, bestehe kein Bedürfnis. Diese Argumentation ist wegen ihrer nicht zutreffenden Verallgemeinerung abzulehnen. Gewiß mag in dem einen oder anderen Falle der Zwang zum Vertragsabschluß dem Begünstigten unzureichend oder verspätet helfen, in der Mehrzahl der Fälle trifft aber das Gegenteil zu. Überhaupt wird die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit einer Bestimmung nicht allein

dadurch erwiesen, daß sie bei Zuwiderhandlungen eine schneidige Waffe abgibt, sondern dadurch, daß sie beachtet und befolgt wird. Und in dieser Richtung dürften die nicht sehr zahlreichen Fälle der Praxis zu deuten sein. Schließlich kann auch Molitor nicht beigestimmt werden, wenn er S. 22/23 einen Vertragszwang aus § 826 ablehnt und einen unmittelbaren Anspruch auf Leistung für begründet hält, weil der Schaden durch die Verweigerung der Lieferung, nicht durch Verweigerung eines Vertragsabschlusses entstehen werde. Dies ist nicht folgerichtig. Der Anspruch auf Lieferung besteht doch erst infolge eines Vertragsabschlusses, des Verpflichtungsgeschäftes; liegt ein solches nicht vor, dann wird die Leistung mit Recht verweigert. Der Tatbestand des § 826 kann deshalb auch nur bei einer Verweigerung des Vertragsabschlusses erfüllt sein und ein Anspruch aus § 826 nur auf Vertragsabschluß, nicht auf Leistung unmittelbar gehen. Im übrigen gilt hier das Gleiche, was oben § 3 II zu der Ansicht Rosenfelds gesagt wurde.

In der Rechtsprechung, insbesondere der des Reichsgerichts, ist ein Zwang zum Vertragsabschluß aus § 826 ausdrücklich nicht ausgesprochen. Jedoch ergibt sich die tatsächliche Übereinstimmung mit dem hier Dargelegten, wenn das RG. in Bd. 48, S. 127 von „einem gewissen Berührungspunkt zwischen § 826 BGB. und den Grundgedanken, welche auf anderen Rechtsgebieten zu einem Kontrahierungszwang geführt haben“ spricht und in Bd. 115, S. 258 ausführt: „In der Rechtsprechung des Reichgerichts ist allerdings anerkannt, daß der Mißbrauch einer rechtlichen oder tatsächlichen Monopolstellung, eine mit den guten Sitten des geschäftlichen Verkehrs in Widerspruch stehende Weigerung, zu den allgemeinen Bedingungen abzuschließen, oder das Bestreben, dem Gegner unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen aufzuerlegen, eine den Inhaber des Monopols zum Schadensersatz verpflichtende Handlung darstellen kann“. In Bd. 99, S. 109 heißt es: „Das Oberlandesgericht — d. i. OLG. Frankfurt a. M. in JW. 1920, S. 449f. — nimmt nun mit Recht an, daß in Fällen, in denen der Inhaber eines für den Verkehr unentbehrlichen Gewerbes die zu seinen Gunsten gegebene Mono-

polstellung oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillig große Opfer aufzuerlegen, die von ihm aufgestellten Bedingungen keine Anerkennung finden können. Es weist zutreffend darauf hin, daß da, wo ein rechtliches Monopol besteht, wie es z. B. im Reichspostgesetz und Reichstelegraphengesetz vorgesehen ist, dem Monopol als Gegenstück zu der eingeräumten ausschließlichen Gewerbeberechtigung ein Zwang zum Vertragsabschluß entspricht, und daß auch bei den dem allgemeinen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen, die ein nur tatsächliches Monopol haben, zur Wahrung der Interessen der Allgemeinheit ein gesetzlich der Parteiverfügung entzogener Zwang zum Vertragsschluß besteht. Es ist danach die Auffassung des OLG. zu billigen, daß es dem Sinne der Rechtsordnung widerspricht, wenn in Fällen ähnlicher Art der Inhaber eines Monopols ausschließlich seinen Nutzen verfolgt. Aus der Monopolstellung des Unternehmers ergibt sich, sofern das Gewerbe für den Verkehr unentbehrlich ist, auch eine gewisse Gebundenheit hinsichtlich der Vertragsbestimmungen (RG. 48, 127). Er darf bei den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließt, nicht einseitig seine Interessen zugrunde legen, sondern muß in einer Weise verfahren, die mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar ist. Tut er das nicht, so entsteht für den Verkehr ein Zustand, der nicht zugelassen werden kann. Damit rechtfertigt es sich, die Bedingungen, die eine übermäßige Ausnutzung der gegebenen Machtstellung enthalten, als nichtig anzusehen. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, ob etwa im einzelnen Falle ein Kunde den Abschluß eines Vertrages hätte vermeiden und infolge günstiger Umstände ein Geschäft selbst hätte erledigen können. Entscheidend ist vielmehr, welche Stellung der Unternehmer im allgemeinen Verkehr einnimmt.“ Die gleichen Gedankengänge enthalten die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 62, S. 266; 79, 229; 81, 316; 102, 396; 103, 82; 106, 387 und in JW. 1928, S. 1206.

IV.

Bei fast allen diesen Entscheidungen handelt es sich um Monopole, sei es, daß ein Monopolinhaber die Belieferung

der auf seine Ware angewiesenen Personen verweigert, oder daß ein Monopolinhaber oder eine Monopolgruppe mit den auf sie angewiesenen Vertragsgegnern nur zu von ihm aufgestellten Bedingungen abschließen will oder, daß die Aufnahme in einen Monopolverband verweigert oder der Ausschluß aus einem solchen vorgenommen wird. Das Reichsgericht beschäftigt sich dabei nicht — wie es angezeigt wäre — grundsätzlich mit der Frage, ob ein Monopol einen Kontrahierungszwang mit sich bringt, es stellt vielmehr darauf ab, ob durch das Verhalten des Monopolinhabers Anderen ein gegen die guten Sitten verstoßender Schaden (§ 826) zugefügt wird oder ob die auferlegten Vertragsbedingungen die gute Sitte (§ 138) verletzen; es wird abgewogen, wieweit dem Betroffenen der Schaden und wieweit dem Monopolinhaber eine Einschränkung seiner Machtstellung zugemutet werden kann.

Eine derartige Methode kann nicht schlechthin verworfen werden, da, wie die obigen grundsätzlichen Erwägungen ergeben, aus § 826 ein Abschlußzwang gefolgert werden kann; sie mag in einigen Fällen, wenn sich sonst keine Lösung finden läßt, zur Anwendung kommen. Es geht aber nicht an, allgemein die genannten mit dem Monopol zusammenhängenden Fragen auf diese Weise zu beantworten. Denn sie gehen alle auf das Grundproblem, ob ein Monopol einen Kontrahierungszwang bedingt, zurück und diese Kernfrage, ob der Monopolinhaber mit einem anderen ein Vertragsverhältnis einzugehen hat, muß positiv von seinem Standpunkt entschieden werden: es muß der Umfang der Rechte und Pflichten des Monopolisten klargestellt werden. Mit der Anwendung der §§ 826 und 138 wird umgekehrt verfahren: es wird untersucht, wieweit das Verhalten des Monopolinhabers in die Rechtssphäre Anderer eingreift, und aus der Zulässigkeit bezw. Unzulässigkeit dieses Eingriffs wird die Begrenzung der Rechte des Monopolisten abgeleitet. Solche Methode bedeutet, wie Wimpfheimer S. 3 mit Recht bemerkt, „eine Inversion des ganzen Problems". „Es wird ... nicht von vorn, sondern sozusagen von hintenherum, und zwar wiederum nur in seinen Ausstrahlungen und Reflexwirkungen

erfaßt". Hinzukommt, daß nicht grundsätzlich erörtert wird, ob eine Handlung nach den gesetzlichen Bestimmungen erlaubt oder unerlaubt ist, sondern „ob die Begleitumstände, nämlich die Absicht, aus der sie geboren, und die Beurteilung, die sie außerhalb der direkt Beteiligten findet, gewissen, in sich höchst unsicheren Maßstäben entsprechen". Wenn auch die bisher zu entscheidenden Fälle auf die geschilderte Art und Weise befriedigend gelöst worden sein mögen, so spricht es keineswegs für die Richtigkeit der angewandten Methode. Sie kann in anderen Fällen versagen, sodaß nicht daran vorbeizukommen ist, das Kernproblem — Monopol uud Kontrahierungszwang — von Grund auf zu lösen, zumal die angewandten Paragraphen 826, 138 „die anerkannt und notwendig subjektivsten und nach Umfang und Wirkung fließendsten Bestimmungen unseres gesetzten Rechtes sind".

Wie schon Eingangs erwähnt, kann die Lösung des Problems nicht durch den Hinweis auf eine Gesetzesbestimmung erfolgen; eine solche gibt es nicht. Auch wird der Begriff des Monopols im Gesetzesrecht nicht aufgestellt. Die bisherige Darstellung ergibt, daß der Gesetzgeber nur da, wo er ein gesetzliches Monopol schuf (z. B. Post), einen Zwang zum Vertragsabschluß festgelegt hat. Das Gleiche ist bei einigen tatsächlichen Monopolen (z. B. Eisenbahn) geschehen. Hieraus durch einen Analogieschluß einen allgemeinen Satz zu gewinnen, wurde oben abgelehnt. § 826 ist zwar eine allgemeine Vorschrift, aus der ein Kontrahierungszwang gefolgert werden kann, aber, wie gezeigt wurde, zur Lösung unseres Problems ungeeignet. Es bleibt deshalb noch zu untersuchen, ob sich nicht außerhalb des gesetzten Rechtes — durch Gewohnheitsrecht — der Kontrahierungszwang für Monopole gebildet hat. Gegen diese Untersuchung und die Möglichkeit der Anerkennung des Kontrahierungszwanges für Monopole ist aus dem Schweigen des Gesetzes nichts zu entnehmen.

§ 9.

Zwang zum Vertragsabschluß auf Grund von Gewohnheitsrecht.

I.

Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht. Seine Entstehung wird nicht dadurch gehindert, daß unsere Gesetze über die Frage des Gewohnheitsrechts stillschweigend hinweggehen. Die Gewohnheit ist eine selbständige Rechtsquelle, die keiner gesetzlichen Zulassung bedarf[1]). Zur Entstehung des Gewohnheitsrechts genügt neben der dauernden, gleichförmigen, allgemeinen Übung des Rechtssatzes die Überzeugung, derselbe sei rechtens, in Verbindung mit dem Willen, dem sich daraus ergebenden Rechtszustand Rechnung zu tragen (Geltungswille). In welcher Form es Eingang findet, ist hierbei unerheblich. Seine Gültigkeit wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß es sich mit Hilfe einer unrichtigen Auslegung oder einer unzutreffenden Analogie fälschlicher Weise als Gesetzesrecht ausgibt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dies wissentlich geschieht oder auf einem Irrtum oder auf anderen Gründen beruht[2]).

Das Gewohnheitsrecht kann sich auf zweierlei Weise bilden: als offenes und als verdecktes Gewohnheitsrecht. Letztere Art ist heutzutage die häufigere. Neue Erscheinungen des Wirtschaftslebens, für welche passende Rechtssätze nicht vorhanden sind, sucht die Rechtsprechung mit dem bestehenden Recht zu meistern, indem sie die überkommenen Formen und Figuren ausdehnt. In Wahrheit ist es ein neuer Rechtssatz, der, so verdeckt, zur Anwendung kommt. Wenn er als solcher erkannt wird, muß er als gewohnheitsrechtlich entstanden bezeichnet werden. Als Beispiel diene die neuere Entwicklung des Schadensersatzrechtes. Das geltende Recht beruht auf dem Verschuldensprinzip. Das Reichsgericht zieht aber, um

---

1) So die herrsch. Meinung. Vgl. u. A. Staudinger, Bd. 1, Bem. V,2 d. Einl.; Enneccerus, I,1, §§ 35, 36.

2) Von den hier entwickelten Sätzen ist in der Rechtslehre vieles bestritten. Es im einzelnen darzulegen, würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen.

bei dessen Anwendung entstehende, unbefriedigende Ergebnisse zu vermeiden, in gewissen Fällen die auf dem Gebiete des Enteignungsrechts geltenden Ersatzgrundsätze — sie weiter bildend — heran, sodaß man sagen kann, die Erkenntnisse beruhen in Wahrheit auf dem Prinzip der Gefährdungshaftung[1]); es hat insoweit in verdeckter Form gewohnheitsrechtlich in das geltende Recht Eingang gefunden.

Ähnlich verhält es sich mit dem Kontrahierungszwang für Monopole. Wie schon erwähnt, greift das Reichsgericht in seinen Erkenntnissen zur Lösung der Frage auf die §§ 826, 138 zurück und bringt so Gesetzesbestimmungen zur Anwendung, die für andere Rechtsfiguren zutreffen und eigentlich nur für Folgeerscheinungen des Problems brauchbar sind. Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber, daß das Reichsgericht in allen seinen Entscheidungen eigentlich von dem Kontrahierungszwang für Monopole ausgeht. Die neue Rechtsfigur ist, verdeckt unter den nicht zutreffenden Gesetzesbestimmungen, gewohnheitsrechtlich zur Geltung gelangt. Bevor dies näher an Hand der Entscheidungen ausgeführt wird, ist noch kurz der Begriff des Monopols, für das der Abschlußzwang besteht, klarzustellen.

II.

Der Begriff des Monopols wird im Gesetzesrecht nicht aufgestellt; daraus kann nicht geschlossen werden, das Monopol werde vom Recht nicht anerkannt. Das Gegenteil ist der Fall. Es folgt aus dem Bekenntnis der Rechtsordnung zur Gültigkeit der Kartelle (vgl. die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftl. Machtstellungen v. 2. 11. 1923, „Kartellverordnung" genannt), da das Wesen der Kartelle gerade auf die Erlangung der mit einem Monopol gegebenen Machtstellung beruht. Es ergibt sich auch aus der allgemeinen Gewerbefreiheit, nach der jeder Wettbewerb, der die Förderung gewerblicher Ziele

1) Dies im einzelnen darzulegen, geht über den Rahmen des hier zu behandelnden Themas hinaus. Die These ist das Ergebnis einer eingehenden Untersuchung von Albert Hergt in seiner Dissertation „Die Gefährdungshaftung im geltenden Recht", auf die verwiesen wird. Ihr wird sich angeschlossen. Vgl. ähnlich auch Meisner in JW. 1922, S. 766.

bezweckt, an sich erlaubt ist. So wird denn auch vom Reichsgericht ausgesprochen, daß das Streben nach einer Monopolstellung nichts Rechtswidriges enthalte, solange erlaubte Kampfmittel benutzt würden und die Zwecke des Monopols nicht gegen die guten Sitten verstießen (vgl. RG. Bd. 118, S. 84 und in Kart.R. 1922, S. 142; 1923, S. 28; 1927, S. 704). Im übrigen unterläßt es auch die Rechtsprechung, eine Begriffsbestimmung des Monopols zu geben. Das erklärt sich wohl daraus, daß für sie mehr wirtschaftliche als rechtliche Momente in Frage kommen.

Ein Monopol liegt nun nicht erst dann vor, wenn das Aufkommen von Konkurrenten rechtlich oder doch tatsächlich vollkommen ausgeschlossen ist, wie z. B. Biermann (S. 286) meint. Dies ist zu eng[1]). Eine Monopolstellung ist vielmehr immer schon gegeben, wenn ein erheblicher Teil der Nachfragenden seine Befriedigung nur durch einen einzigen Anbieter bezw., wie bei den Kartellen, Trusts, Syndikaten, eine vereinigte Gruppe von Anbietern finden kann („absolutes Monopol") oder wenn zwar mehrere Anbieter bezw. Gruppen vorhanden sind, aber nur ein einziger bezw. eine Gruppe aus irgendwelchen Gründen, z. B. größeren Transportkosten der anderen Anbieter bzw. Gruppen zum Absatzort, für die Befriedigung der Nachfragenden in Betracht kommt („relatives Monopol"). Solche Monopolstellung kann einmal infolge einer Gesetzesbestimmung bestehen, sie kann aber auch durch Betätigung im Wirtschaftsleben rechtsgeschäftlich herbeigeführt sein oder auf natürlicher Grundlage beruhen. Schafft das Gesetz ein absolutes Monopol (z. B. bei der Post, der Telegraphie, dem Branntwein- und Zündwarenmonopol) dann spricht man von einem „gesetzlichen Monopol", während man in allen übrigen Fällen von tatsächlichen Monopolen spricht, sei es ein auf Gesetz beruhendes relatives Monopol (z. B. die Eisenbahn), ein rechtsgeschäftliches absolutes Monopol (dies ist äußerst selten und ein Beispiel kaum zu finden; das Kalisyndikat wird m. E. dem Begriff in etwa gerecht), ein rechts-

1) Auch Opet (S. 258) verkennt den Begriff „Monopol". Er geht zu weit wenn er jeden Schneider von besonderem Ruf, jeden Weinhändler mit einer besonders guten Weinmarke, jeden Lehrer mit besonderer Methode anführt.

geschäftliches relatives Monopol (z. B. die Spediteurvereinigungen), ein natürliches absolutes Monopol (z. B. Eigentümer einer heilkräftigen Quelle: Helenen- und Georg-Viktor-Quelle in Bad Wildungen) oder ein natürliches relatives Monopol (z. B. der einzige Gastwirt, der einzige Metzger in einem abgelegenen Dorfe). Der Begriff des Monopols ist demgemäß wie folgt zu fassen:

> Monopol ist die von der Rechtsordnung anerkannte, auf Rechtsvorschriften oder Tatsachen beruhende wirtschaftliche Vorzugsstellung, kraft deren eine Person oder eine Mehrheit von solchen besondere, andere Personen ausschließende Verfügungsrechte über Wirtschaftsgüter inne hat und so auf dem Markte die Preisbildung der betr. Güter beeinflussen kann.

Die Parallele zum Eigentumsbegriff liegt nahe; Monopol ist in gewissem Sinne ein gesteigertes Eigentum, insofern als das Eigentum das Herrschaftsrecht über eine körperliche Sache in allen ihren Beziehungen ist und das Monopol, welches das Eigentum an vielen oder gar an allen Sachen gleicher Art umfaßt, damit die Herrschaftsmacht über diese gewährt derart, daß andere Rechtssubjekte nicht nur von einer einzelnen Sache, sondern von einer ganzen Gattung ausgeschlossen werden können.

III.

In der Rechtsprechung des RG., die sich mit Monopolen befaßt, kann man drei Gruppen unterscheiden:

a) Bei der ersten Gruppe handelt es sich um Fälle, in denen ein Monopolinhaber oder eine Monopolgruppe die Belieferung bestimmter, auf seine Produkte angewiesener Personen direkt verweigert oder durch Einwirkung auf Dritte verhindert. Hier ist zunächst die Entscheidung Bd. 28, S. 238 ff, noch vor 1900 ergangen, zu nennen. Der Börsenverein der Deutschen Buchhändler zu Leipzig will auf die Wahrung bestimmter Grenzen für das Maß des dem Kunden zu gewährenden Rabatts dadurch hinwirken, daß er seine Mitglieder unter Androhung des Ausschlusses aus dem Verein verpflichtet, die vom Verein festgesetzten Rabattsätze einzuhalten und Sortimenter — Mit-

glieder wie Nichtmitglieder —, welche vom Vorstand als prinzipielle Schleuderer bezeichnet werden, gar nicht oder nur mit beschränktem Rabatt zu beliefern. Die einen Buchhandel betreibende Klägerin hatte die von dem Börsenverein für den Rabatt aufgestellten Grenzen nicht eingehalten und hielt sich durch die deshalb von den Beklagten als Vorstandsmitglieder des Börsenvereins ausgegangene, im Börsenblatt veröffentlichte Aufforderung an die Vereinsgenossen zur Lieferungssperre geschädigt. Zur Beantwortung der Frage, ob diese Aufforderung der Beklagten zur Lieferungssperre zulässig sei oder nicht, erörtert das RG, ob ein solches Verhalten eines „Rings" die Gewerbefreiheit des Konsumenten des Sortimenters verletze. Das RG. bejaht zwar im gegebenen Falle die Zulässigkeit der Sperre, weil es offenbar dem Sortimenter gelungen sei, sich die benötigte Ware doch zu verschaffen; es sagt aber, daß an sich ein „solches System der öffentlichen Sperrung des Geschäftsverkehrs des Gewerbsgenossen durch Bedrohung der übrigen Genossen mit gleicher Sperrung, falls sie die Sperrung gegen jenen nicht vollziehen, mit der Rechtsordnung unverträglich sei", und geht hierbei offensichtlich davon aus, daß aus dem Gesichtspunkt der Gewerbefreiheit[1]) der Sortimenter einen Anspruch auf Belieferung habe, d. h. daß der

1) Das RG. führt in dieser Hinsicht aus: „In Veranstaltungen, mit welchen in für einen Erfolg geeigneter Weise vorsätzlich darauf abgezielt wird, einem Gewerbetreibenden die Möglichkeit seiner Versorgung mit den Erzeugnissen, die er für seinen Gewerbebetrieb nicht entbehren kann und die auch für den Eintritt in den Verkehr bestimmt und in einem für das Bedürfnis zureichendem Maße vorhanden sind, gänzlich zu verschließen, liegt, soweit sie ganz oder teilweise Erfolg haben, eine rechtswidriges Vermögensbeschädigung. Freilich sind die den natürlichen Verhältnissen entsprechenden Erwartungen keine erworbenen Vermögensstücke, aber die Erhaltung und Nutzbarmachung eines Gewerbsvermögens beruht zu einem wesentlichen Teile darauf, daß natürliche Beziehungen des gewerblichen Lebens die natürlichen Wirkungen, die sich für alle gleichmäßig zu vollziehen pflegen, äußern. Wenn nun jemand diese natürlichen Wirkungen geflissentlich in anderer Weise als durch Betätigung eines Konkurrenzbetriebes zum Nachteile eines bestimmten Gewerbetreibenden in der Absicht, dessen Gewerbebetrieb zu untergraben, verhindert, und dadurch dessen Gewerbsvermögen eine Beeinträchtigung erfährt, so liegt eine vorsätzliche rechtswidrige Vermögensbeschädigung vor."

Monopolinhaber zu einem Vertragsabschluß gezwungen werden könnte. Noch deutlicher spricht sich das RG. in der am 11. 4. 1901 ergangenen Entscheidung Bd. 48, S. 114 ff. aus. Die verklagte Schiffahrtsgesellschaft wollte eine mit ihr konkurrierende Seglergruppe aus dem Frachtgeschäft nach dem Hafen Brisbane verdrängen und verweigerte der klagenden Speditionsfirma, welche der Seglergruppe bedeutende Frachten zuführte, den Abschluß von Frachtgeschäften nach allen von ihr befahrenen Häfen zu den üblichen Sätzen. Durch diese über die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Interessentin der Seglergruppe verhängte Zwangsmaßnahme sollte sie genötigt werden, die Seglergruppe zur Einstellung der Konkurrenz zu bewegen oder die Beziehungen zu derselben aufzugeben. In diesem Verhalten sieht das Reichsgericht einen unlauteren Wettbewerb und deshalb einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826; es führt aus, zwischen § 826 und den Grundgedanken, welche auf anderen Rechtsgebieten zu einem Kontrahierungszwange geführt hätten, ergäben sich gewisse Berührungspunkte, und gibt zu, daß ein Zwang zum Vertragsabschluß im allgemeinen Interesse hauptsächlich gegenüber Unternehmungen, welche rechtlich oder tatsächlich ein Monopol besäßen, welche eine öffentliche Zweckbestimmung hätten, als Verkehrsbedürfnis erscheine. Die wirtschaftliche Anforderung, daß diejenigen Gewerbe, die für das Gemeinwohl oder den Geschäftsverkehr unentbehrlich seien, niemandem ihre Dienstleistung versagen sollten, bringe, zum Rechtsgebot ausgestaltet, auch eine Gebundenheit bezüglich der Vertragsbedingungen mit sich. Ein Transportzwang verpflichte den Unternehmer, welcher dem Publikum seine Dienste unter bestimmten Bedingungen öffentlich anbiete, die auf ihn angewiesenen Interessenten mit gleichem Maße zu messen, und spreche demselben das Recht ab, willkürlich oder aus illoyalen Gründen den Einzelnen von den dem Publikum sonst dargebotenen Transportbedingungen auszuschließen. Mit diesen Ausführungen bejaht das Reichsgericht im Prinzip den Kontrahierungszwang für Monopole: indem es die Unterlassung, die Abkehr von einem Rechtsgenossen verwirft, muß es logischerweise von einer positven Pflicht, eben der Verpflichtung

zum Vertragsabschluß mit dem Rechtsgenossen ausgehen. § 826 ist freilich der Mantel, unter dem — zu Unrecht — diese Pflicht erscheint. Der gleiche Standpunkt wird vertreten in der Entscheidung Bd. 85, S. 177, wo die von dem beklagten, eine gewisse Monopolstellung innehabenden Verband deutscher Damen- und Mädchenmäntelfabrikanten e. V. über den Kläger zwecks Anerkennung eines Schiedsgerichtsurteils verhängte Lieferungssperre für unzulässig erklärt wird, und neuerdings in der Entscheidung JW. 1928, S. 1206 Nr. 6 (= Kart.R. 1928, S. 290): Der Klägerin, einer Mineralwassergroßhandlung, wurde von der Beklagten, der Pächterin der staatlichen Helenen- und Georg-Viktor-Quelle in Bad Wildungen, die Lieferung der Quellenwässer verweigert. Die Klägerin bezeichnete das Verhalten der Beklagten als Mißbrauch ihres Quellenmonopols und begehrte u. a. die Feststellung der Lieferungspflicht der Beklagten. Das Reichsgericht billigt hier zwar die Abweisung der Klage aus Gründen, die für eine andere Frage des Monopols — Lieferungspflicht desselben an Zwischenhändler — von Bedeutung sind, betont aber, daß die Beklagte an der Helenen- und Georg-Viktor-Quelle ein tatsächliches Monopol habe, daß sich daraus gewisse Pflichten gegen die Allgemeinheit ergäben und daß unter Umständen auch die Ablehnung eines Vertragsabschlusses gegen die guten Sitten verstoße.

b) Die zweite Gruppe bilden die Fälle, in denen es sich um die Zugehörigkeit — Ausschluß oder Aufnahme — einer Person zu einem bestimmten, eine Monopolstellung innehabenden Personenkreis handelt. So verweigerte nach dem Urteil Bd. 60, S. 94 ff. eine innungsartige Vereinigung sämtlicher Feingoldschlägereibesitzer eines Bezirks die Aufnahme zweier Berufsgenossen und nach dem Urteil Bd. 64, S. 155 ein ärztlicher Standesverein (Verein der Ärzte des Reg.Bez. Breslau) die Aufnahme eines Arztes und die dadurch gewährleisteten Berufsbeziehungen (Vertretungen und gemeinschaftl. Konsultationen) mit den Kollegen. In beiden Fällen beanstandete das Reichsgericht das Vorgehen der Beklagten nicht, weil es die Grenzen des ihnen Erlaubten nicht überschreite. Es geht bei seinen Erwägungen — zur Feststellung des Erlaubten — offensichtlich von dem Gesichtspunkt aus, daß sich

für die Beklagten aus ihrer wirtschaftlichen Machtstellung eine Pflicht zu einem gewissen Verhalten ergäbe. Das sind dieselben Gedankengänge, die zur Bejahung des Kontrahierungszwanges für Monopole führen müssen. In derselben Richtung liegt die Entscheidung des Reichsgerichts in J.W. 1913, S. 134, Nr. 11, in der die gegen den Kläger von dem beklagten Verband deutscher Damen- und Mädchenmäntelfabrikanten e. V. verhängte Arbeiter-, Lieferanten- und Kundensperre als unzulässig bezeichnet wurde; der Verband hat eine gewisse Monopolstellung inne und wollte den Beitritt des Klägers erzwingen.

c) Von der größten Bedeutung ist die dritte Gruppe von Fällen, in denen von Monopolinhabern oder Monopolgruppen den auf sie Angewiesenen im Verkehr bestimmte Bedingungen auferlegt werden. Nach dem der Entscheidung Bd. 62, S. 264 zugrundeliegenden Tatbestand war der dem Kläger gehörende Dampfer „Kriemhild" mit einem dem beklagten Reichsfiskus gehörigen Dampfbagger infolge Verschuldens der Besatzung des Baggers im Kaiser-Wilhelm-Kanal zusammengestoßen. Der Fiskus lehnte jede Ersatzpflicht ab, weil die Haftung für die Angestellten der Kanalverwaltung durch § 1 Abs. 2 der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal ausgeschlossen sei. Das Reichsgericht billigte die Verurteilung des Beklagten durch die Vorinstanzen, indem es dem § 1 Abs. 2 der Betriebsordnung die zivilrechtliche Gültigkeit versagte. Es führt aus, eine derartige Haftungsbeschränkung bei Benutzung des Kanals widerstreite seiner Bestimmung, als öffentliche Wasserstraße dem allgemeinen Verkehr zu dienen. Wo der Einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbrauche, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da könnten dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden. Dieser allgemeine Grundsatz, welchen das Reichsgericht wiederholt zur Geltung gebracht habe, treffe insbesondere auf den vertragsmäßigen Ausschluß einer nach dem Gesetz bestehenden Haftung dann zu, wenn dem Publikum die anderweitige Wahrung seiner Interessen nicht möglich und dasselbe daher gezwungen

sei, sich den gestellten Bedingungen zu unterwerfen. Also die klare Feststellung, daß ein Monopol eine gewisse Gebundenheit im Wirtschaftsleben mit sich bringt. Fast die gleichen Ausführungen finden sich in der Entscheidung Bd. 81, S. 319. Noch deutlicher wird das Reichsgericht in Bd. 99, S. 107 ff.: Der Kläger hatte der Beklagten, einer Speditionsfirma, vier Faß Wein zur Spedition übergeben; auf dem Transport von der Lagerhalle zur Gütersammelstelle wurde ein Faß beschädigt und lief aus. Dem Ersatzanspruch des Klägers hielt die Beklagte entgegen, nach dem für den Vertrag maßgebenden Rundschreiben Frankfurter Spediteure vom 2. 5. 1917 sei ihre Haftung auf 2 Mk. für jedes Kilogramm beschränkt. Die Sache wurde zwar zwecks weiterer Feststellungen zurückverwiesen; das Reichsgericht sagt aber unter Billigung der Auffassung des Oberlandesgerichts grundsätzlich, es widerspreche dem Sinne der Rechtsordnung, wenn ... der Inhaber eines Monopols ausschließlich seinen Nutzen verfolge. Aus der Monopolstellung des Unternehmers ergebe sich, sofern das Gewerbe für den Verkehr unentbehrlich sei, auch eine gewisse Gebundenheit hinsichtlich der Vertragsbestimmungen. Er dürfe bei den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließe, nicht einseitig seine Interessen zugrunde legen, sondern müsse in einer Weise verfahren, die mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar sei. Tue er das nicht, so entstehe für den Verkehr ein Zustand, der nicht zugelassen werden könne. Damit rechtfertige es sich, die Bedingungen, die eine übermäßige Ausnutzung der gegebenen Machtstellung enthielten, als nichtig anzusehen. Dabei könne es auch nicht darauf ankommen, ob etwa im einzelnen Falle ein Kunde den Abschluß eines Vertrages hätte vermeiden und infolge günstiger Umstände ein Geschäft hätte selbst erledigen können. Entscheidend sei vielmehr, welche Stellung der Unternehmer im allgemeinen Verkehr einnehme. Ebenso sei es gleichgültig, ob das Monopol einem einzelnen Unternehmer zustehe oder eine Gruppe von Unternehmern es sich durch ihren Zusammenschluß erworben habe. Worauf es ankomme, sei lediglich, daß das Monopol bestehe, und es zu einer Fesselung des Verkehrs ausgenutzt werde. Derselbe

Standpunkt wird in den Entscheidungen Bd. 102, S. 396, Bd. 103, S. 83 und Bd. 106, S. 387 vertreten.

Aus den angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt sich, daß es in letzter Linie von der Bejahung des Kontrahierungszwanges ausgehen muß. Es werden die einzelnen Vertragsbedingungen einer Prüfung unterzogen und dieselben, je nachdem sie tragbar sind oder nicht, für zulässig oder unzulässig erklärt, ohne daß § 139 herangezogen und untersucht wird, welche Bedeutung die Bedingungen und ihr Wegfall für den gesamten Vertrag haben. Können wesentliche Bedingungen wegfallen und bleibt trotzdem der Vertrag bestehen, so setzt dies die Auffassung voraus, daß an dem Vertragsabschluß selbst nicht gerüttelt werden kann, eben weil eine Pflicht zu seinem Abschluß angenommen wird, zummindest aber eine Pflicht zum Stellen angemessener Bedingungen. Und letzteres setzt wieder die Bejahung der Frage, ob oder ob nicht zu kontrahieren ist, voraus. Denn wenn dem Monopolisten nur die Pflicht, zu bestimmten Bedingungen abzuschließen, nicht aber die Pflicht zum Abschluß selbst auferlegt wird, ist dem Monopolunterworfenen in keiner Weise geholfen, weil dann der Monopolist überhaupt nicht abschließt. Einen Nichtabschluß trifft aber den Monopolunterworfenen stärker als ein schlechter Abschluß.

Aus der dargelegten Behandlung der Fälle in den drei Gruppen ist also der Schluß gerechtfertigt, daß das Reichsgericht von dem Kontrahierungszwang für Monopole ausgeht. Wenn es ihn nicht ausdrücklich bejaht, so mag es darauf beruhen, daß es vor der allgemeinen Anerkennung zurückschreckt und es noch auf den einzelnen Fall abstellen will. Jedoch weil das Reichsgericht[1]) in ständiger Rechtsprechung seinen Standpunkt vertritt, hat es dadurch den unter der Anwendung der §§ 826, 138 verdeckten neuen Rechtssatz durchgesetzt, m. a. W. er ist gewohnheitsrechtlich zur Geltung ge-

1) Auch die unteren Gerichte stehen auf demselben Standpunkt (vgl. OLG. Düsseldorf in LZ. 1912, S. 291; Hamm in LZ. 1913, S. 251; Frankfurt a. M. in J.W. 1920, S. 449 ff. und Kassel in Kart.R. 1928, S. 292). Sie sprechen den Grundsatz fast noch deutlicher aus als das RG.

langt. Damit ist der Rechtsgedanke des Kontrahierungszwangs für Monopole ganz allgemein ein Grundsatz des geltenden Rechts geworden.

IV.

Dieser Grundsatz muß auch Bestandteil einer gerechten und billigen Rechtsordnung sein. Denn zu ihrer Aufgabe gehört es, einen Ausgleich widerstrebender wirtschaftlicher Interessen herbeizuführen in der Weise, daß das Wohl der Gesamtheit den Interessen des Einzelnen vorzugehen hat. Da, wie wir gesehen haben, die Rechtsordnung das Monopol nicht verbietet, das Recht vielmehr „die Leiter ist, auf der, oft unter Mühen und Gefahren, die schwindelnde Höhe des Monopols erklommen wird“ [1]) und da der Monopolinhaber gegenüber den einzelnen Verbrauchern der Übermächtige ist, muß das Recht im Interesse der Gesamtheit auch Vorschriften enthalten, welche die durch die Rechtsposition gegebene Macht Einzelner begrenzen. Die Begrenzung ist das Korrelat der Rechtsposition und dient dem Schutze vor Überschreitungen. Dieser Schutz des Schwachen gegen den Starken ist ein anerkannter Grundsatz: man denke an den Schutz der Minderjährigen und der ihnen Gleichstehenden. Die Übermacht des Monopolinhabers wird aber durch Absperren von dem Wirtschaftsgut ausgeübt; deshalb ist als Schutz des Schwachen der Kontrahierungszwang für den Monopolinhaber erforderlich; er ist somit auch eine Forderung des gedeihlichen Zusammenlebens der Menschen.

Als Parallele kann hier auf die Entwicklung, welche bei dem Eigentum, dem vollkommensten Recht, festzustellen ist, hingewiesen werden. Nach römischem Recht war der Eigentümer absoluter Herr; er konnte unter Ausschluß aller anderen damit schalten, wie ihm beliebte. Auch heute ist das Eigentum noch das umfassendste Herrschaftsrecht über eine Sache, doch wird anerkannt [2]), daß bei seiner Ausübung die der öffentlichen Ordnung und dem Allgemeinwohl geschuldeten

1) Wimpfheimer, S. 13.

2) Das Naturrecht mit seinen sozialen Postulaten geht noch erheblich weiter.

Rücksichten zu beachten sind. Insofern bestehen Schranken: der Eigentümer darf einerseits nur in erlaubter Weise, d. h. nicht zum Schaden der Allgemeinheit von seinem Recht Gebrauch machen; er muß es anderseits aber auch aufgeben, wenn es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Dies sind nicht etwa nur sittliche Pflichten, sondern Rechtspflichten. Da, wie schon gesagt, das Monopol in gewissem Sinne ein gesteigertes Eigentum ist, ist es mit gesteigerten Pflichten verknüpft; der Rechtszwang zum Kontrahieren überschreitet deren Grenzen nicht.

V.

Mit der theoretischen Aufstellung des Grundsatzes vom Kontrahierungszwang für Monopole allein ist noch nicht viel gewonnen; für die Praxis bedarf es der näheren Ausgestaltung. Deshalb muß zunächst noch einmal auf den Ausgangsbegriff, das Monopol zurückgegangen werden. Für welche Art Monopole gilt nun der Kontrahierungszwang? Die Bejahung der Frage für auf Gesetz beruhende Monopole — absolute wie relative — unterliegt keinem Bedenken; der Kontrahierungszwang wird wohl auch stets in den das Monopol errichtenden Gesetzesbestimmungen ausdrücklich angeordnet sein. Ebenso müssen von den „tatsächlichen Monopolen“ die absoluten Monopole — rechtsgeschäftliche wie natürliche — mit Rücksicht auf ihre überragende Marktbeherrschung dem Kontrahierungszwang unterworfen sein. Dagegen läßt sich für die tatsächlichen relativen Monopole — rechtsgeschäftliche wie natürliche — die Frage nicht schlechthin beantworten. Hier kommt es wesentlich auf den einzelnen Fall an. Es wird besonders zu prüfen sein, ob die beherrschende Stellung, die Konkurrenzlosigkeit nicht dadurch gegeben ist, daß aus irgendwelchen Gründen gerade keine (an sich aber mögliche) Konkurrenz besteht. In diesem Falle dürfte der Kontrahierungszwang abzulehnen sein. Man denke beispielsweise an den einzigen Metzger in einem abgelegenen Gebirgsort: ist der Platz klein, sodaß nur ein einziger Metzger Existenzmöglichkeit hat, dann hat er ein natürliches Monopol und unterliegt dem Kontrahierungszwang; ist der Platz aber

größer, sodaß mehrere Metzger an sich Existenzmöglichkeit haben, ist aber zufällig kein anderer Metzger vorhanden — vielleicht weil dieser gestorben ist —, dann hat der einzige Metzger, solange er allein ist, wohl ein Monopol; es besteht aber kein Anlaß, ihn strengeren Vorschriften als die übrigen Rechtssubjekte zu unterwerfen. Die Grenzen für die Ausnutzung seiner Vorzugsstellung bilden hier die guten Sitten (§§ 126, 138). Grundsätzlich ergibt sich somit der Kontrahierungszwang für alle Monopole — Einzel- wie Gruppenmonopole —, Ausnahmen sind nur unter Umständen bei den relativen rechtsgeschäftlichen und relativen natürlichen Monopolen möglich.

Weiter darf bei der Ausgestaltung des Grundsatzes vom Kontrahierungszwang für Monopole auch der Schutz des Monopolinhabers nicht außeracht gelassen werden. Dies gebietet die Billigkeit. Wie mit der Schaffung des Kontrahierungszwangs der Abnehmer vor mißbräuchlicher Ausnutzung durch die Monopolisten geschützt werden soll, muß auch anderseits der Monopolist durch Begrenzung des Kontrahierungszwangs vor mißbräuchlicher Schädigung durch den Monopolunterworfenen bewahrt werden. Sonst würde man nicht ein Unrecht verhüten, sondern nur jemanden ein Unrecht verbieten, um es einem anderen zu gestatten. „Jede Idee von solcher Spannweite trägt die Tendenz der Entspannung und Einschränkung als notwendiges Gegengewicht in sich; ein Sicherheitsventil ist nötig“ [1]). Deshalb muß es Ausnahmen geben, die aber nichts gegen den Grundsatz und die auch im Interesse der Rechtssicherheit liegende Notwendigkeit seiner Festlegung beweisen. Die Ausnahmen können hier nur angedeutet werden.

Der Kontrahierungszwang für Monopole umfaßt grundsätzlich den Entzug der Abschluß- und der Inhaltsfreiheit. Mit einem Abschlußzwang ohne Inhaltszwang wäre dem Monopolunterworfenen wenig geholfen, weil dann der Monopolinhaber durch ungeheuerliche Bedingungen gegebenenfalls einen Abschluß hintertreiben könnte; ein solcher Kontrahierungszwang

1) Wimpfheimer, S. 27.

wäre „ein leerer Schall, ein Messer ohne Klinge in der Hand des Abnehmers". Der Inhaltszwang verpflichtet den Monopolisten, den Interessenten grundsätzlich die gleichen Vertragsbedingungen einzuräumen. Doch wird man ihm Abweichungen zugestehen müssen, wenn z. B. ein Interessent ein unsicherer Zahler ist und Lieferung auf Kredit wie bei den übrigen Abnehmern begehrt (bei Elektrizitätswerken); immerhin müssen die Bedingungen bei gleichen Voraussetzungen die gleichen sein. Ferner kann der Grad des Bedürfnisses zu unterschiedlicher Behandlung Anlaß geben, wenn die monopolisierte Ware nicht zur Befriedigung aller Abnehmer ausreicht. Auch darf einem Monopolinhaber über seine Leistungsfähigkeit hinaus ein Abschlußzwang nicht auferlegt werden; steigert sich z. B. plötzlich die Zahl der Nachfragenden — etwa infolge verstärkten Zuzugs bei einem räumlich begrenzten Monopole — dann ist der Monopolist nicht zur Vergrößerung seines Betriebes und vermehrter Herstellung der Monopolware gehalten. Schließlich kommt es auf den Zweck, dem die betr. Monopolware dient und der mit ihr im Wirtschaftsleben verfolgt wird, an; und zwar kann einmal die Art der Monopolware — ob sie lebensnotwendig ist oder Luxusbedürfnissen dient — Ausnahmen ergeben; weiterhin kann nicht jeder, der mit der Monopolware Handel treiben will, sich auf den Kontrahierungszwang berufen. Der Monopolinhaber muß die Monopolware, sofern sie nicht unmittelbar an den Verbraucher abgegeben wird, zu angemessenen Bedingungen in den Handel bringen, aber die Auswahl der Zwischenhändler steht ihm frei. (Vgl. den schon zitierten Fall Wildunger Wasser in JW. 1928 S. 1206).

VI.

Im Schrifttum wird die Frage, ob der Tatbestand eines Monopols ausreicht, um einen Vertragszwang zu begründen, verschieden beantwortet. Von den wenigen Schriftstellern, die sich mit dem Problem befassen, unterscheidet Bierman (S. 280 ff.) zwischen rechtlichen und tatsächlichen Monopolen; er erkennt den Kontrahierungszwang als Korrelat einer Monopolstellung nur für die rechtlichen Monopole an, während er

ihn für die tatsächlichen Monopole verneint. Dieser Standpunkt ist für seine Zeit (1892) durchaus berechtigt, da unter rechtlichen Monopolen gesetzliche Monopole, für die fast stets der Kontrahierungszwang in den betr. Gesetzen angeordnet ist, zu verstehen sind und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die nach den vorstehenden Darlegungen erst die Anerkennung des Vertragszwanges für alle Monopole in sich schließt, später eingesetzt hat. Wie sehr aber Biermann die Bedeutung des — eigentlich erst durch die wirtschaftliche Entwicklung der jüngsten Zeit brennender gewordenen — Problems erkannt hat, ist daraus zu entnehmen, daß er de lege ferenda den Kontrahierungszwang auch für die tatsächlichen Monopole fordert. Die gleiche Forderung stellt mit Recht Hirsch, wenn er S. 76 (1905) sagt: „In allerjüngster Zeit sind nun die Monopole, die Kartelle zu ungeahnter Entwicklung gelangt; deshalb erscheint die Einführung des Kontrahierungszwangs notwendig, Kartelle mißbrauchen die Vertragsfreiheit. Idealen Erwägungen sind sie nicht zugänglich und es erscheint daher die Statuierung des Kontrahierungszwangs für Inhaber faktischer Monopole, wie wir sie im französischen und englischen Recht finden und zu der Ansätze sich auch in unserem Recht zeigen, notwendig". Nipperdey (S. 51, 53ff.) und ihm folgend Hummel (S. 120ff.) und Mertens (S. 12ff.) lehnen es ab, mit dem Tatbestand eines Monopols einen Kontrahierungszwang für gegeben zu erachten; sie nehmen, wie schon oben näher ausgeführt, Vertragszwang nur bei sittenwidriger Ausnützung einer Monopolstellung durch Weigerung des Vertragsschlusses auf Grund von § 826 an. Es ist nicht zu leugnen, daß auf diese Weise in einigen Fällen unzuträgliche Auswirkungen der Monopole behoben werden können; zu einer allgemeinen Lösung des Problems überhaupt ist aber — wie ebenfalls schon näher ausgeführt — § 826 nicht geeignet. Das Reichsgericht, das insbesondere Nipperdey für sich — zu Unrecht — anführen zu können glaubt, geht ja auch, wie wir gesehen haben, im Kern seiner Stellungnahme weiter. Auch Fuld (im „Recht" 1906, S. 1187 und in „Soziale Praxis" 1906, S. 1270) erkennt einen Vertragszwang bei Monopolen nur im Rahmen

des § 826 an; er schränkt ihn aber noch dahin ein, daß er nicht einen unmittelbaren Kontrahierungszwang, sondern nur einen mittelbaren Kontrahierungszwang bejaht. Er meint, der Monopolbesitzer sei mittelbar zum Vertragsabschluß dadurch gezwungen, daß er gegen die guten Sitten verstoße und sich schadensersatzpflichtig mache, wenn er grundlos den Vertragsabschluß verweigere. Zu dieser Unterscheidung liegt kein triftiger Grund vor. Wenn ein Anspruch auf Schadensersatz besteht, darf der Anspruch auf Unterlassung des schädigenden Verhaltens, d. i. auf Unterlassung der Vertragsverweigerung oder — positiv ausgedrückt — auf Vertragsabschluß nicht versagt werden. Deshalb kann der Ansicht Fulds noch weniger wie der Nipperdeys beigepflichtet werden. Neuerdings kommt Fuld auch nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Kontrahierungszwang zurück. Er sagt (in „Versicherung und Geldwirtschaft“ 1927, S. 262) zu der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 99, S. 109: „Der Kontrahierungszwang als notwendiges Äquivalent wirtschaftlicher Monopolstellung ist also bereits im geltenden Recht bekannt und es handelt sich nur darum, daß die unteren Gerichte von dieser Rechtsauffassung durchweg Gebrauch machen, wo die tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind. Die tatsächlichen Voraussetzungen sind aber immer vorhanden, wenn der Nichtabschluß des Vertrags auf einen Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung beruht und nicht ganz besondere Gründe in der Person des Abgelehnten oder in der Art und Weise seines Geschäftsbetriebes diese Maßnahmen rechtfertigen können“. Fuld stimmt also im Ergebnis nunmehr mit Nipperdey überein und ist damit noch von einer befriedigenden Lösung des Problems entfernt. Er erwartet sie erst für die Zukunft, wenn er (in „Versicherung und Geldwirtschaft“ 1927, S. 261) ausführt: „Allerdings kann auch heute noch nicht behauptet werden, daß die Rechtsprechung soweit gehe, den Kontrahierungszwang überall da anzuerkennen, wo monopolistische Unternehmungen dem Publikum gegenüberstehen oder es sich um Konzernbildungen handelt oder ähnliche Organisationen, welche vermöge ihrer restlosen Erfassung der

einzelnen in Betracht kommenden Unternehmungen gleichfalls in der Lage sind, die wirtschaftlichen Monopolbefugnisse auszuüben. Aber die Ansätze zu einer derartigen Anerkennung sind zweifellos vorhanden und es wird wahrscheinlich nur eine Frage kurzer Zeit sein, bis dieser Grundsatz auf allen Gebieten seitens der Rechtsübung anerkannt wird". Daß sich diese Entwicklung bereits vollzogen hat, ist oben im § 9 dargelegt worden. Bemerkenswert bleibt für Fuld die Schärfe, mit der er die Notwendigkeit eines Vertragszwangs bei Monopolen betont; er sagt (in „Soziale Praxis" 1906, S. 1270), die allerbedenklichsten Gefährdungen würden eintreten, wenn die Rechtsordnung die Allmacht der Monopole, Verträge abzuschließen oder nicht, anerkenne; eine solche Rechtsordnung wäre durchaus unfähig, die ihr obliegende Aufgabe zu erfüllen. Schließlich ist noch Stoll zu erwähnen, der sich S. 183 Anm. 38a Nipperdey anzuschließen scheint und den Satz „wo Monopol, da Kontrahierungszwang" ohne nähere Begründung „als viel zu weitgehend" ablehnt.

Wimpfheimer hat das Verdienst, in seiner Schrift „Kontrahierungszwang für Monopole" zuerst nachgewiesen zu haben, daß der Kontrahierungszwang ein notwendiges Korrelat jeden Monopoles bilde und in diesem Umfange als ein Grundsatz des deutschen geltenden Rechtes zu betrachten sei[1]). Er kommt zu diesem Ergebnis, indem er den in den einzelnen Spezialgesetzen für gesetzliche Monopole aufgestellten Vertragszwang durch Analogieschluß auf alle Monopole ausdehnt. Wenn auch dem Ergebnis Wimpfheimers in vollem Umfange zuzustimmen ist, muß doch die Begründung, wie schon zu Beginn des § 8 auseinandergesetzt wurde, abgelehnt werden. Die Lösung des Problems gibt allein die Rechtsprechung des RG., von dem auch Wimpfheimer sagt, es erkenne den Kontrahierungszwang für Monopole an. Er wird ihm aber nicht gerecht, da er übersieht, daß so gewohnheitsrechtlich die vertretene These zur Geltung gelangt ist.

1) Zu dem gleichen Ergebnis kommt, wie dem Verfasser während der Drucklegung der Arbeit bekannt wird, R.A. Dr. Hermann Neuschäffer, Darmstadt, in einem Vortrag, den er in der Darmstädter Juristischen Gesellschaft gehalten hat. (Vgl. Deutsche Richterzeitung 1931, S. 309.)

Isay (in Kart.R. 1929, S. 373 ff.) begrüßt an sich die Abhandlung Wimpfheimers, behauptet aber, daß dessen Ergebnisse mit den Wirklichkeiten unseres Wirschaftssystems in unlösbarem Widerspruch ständen. Es bedürfe keines rechtlichen Kontrahierungszwangs, da die kapitalistische Wirtschaft einen natürlichen Kontrahierungszwang geschaffen habe. Der Monopolist müsse, um seinen, mit hohen Unkosten belasteten Geschäftsbetrieb rentabel zu halten, seine Ware absetzen; er brauche den Konsumenten mindestens ebenso sehr, wenn nicht noch stärker, als der Konsument den Monopolisten, zumal ein Monopol selten so absolut sei, daß die Außenkonkurrenz nicht zu fürchten wäre. Das Problem des rechtlichen Kontrahierungszwanges tauche also nur in abnormen Ausnahmefällen auf und könne dann mit § 826 ausreichend gelöst werden. Ferner werde mit dem rechtlichen Kontrahierungszwang nichts erreicht: er verpflichte den Monopolinhaber, die Ware abzugeben, solange sie vorhanden sei; seien die Vorräte aufgebraucht, so nütze auch der schärfste Kontrahierungszwang nichts mehr, wenn er nicht durch einen Produktionszwang ergänzt werde. Letzterer sei aber mit der heutigen kapitalistischen Wirtschaft unverträglich. Weiterhin sei das Prinzip des Kontrahierungszwangs inhaltlos, solange nicht die Bedingungen feststänen, zu denen kontrahiert werden solle. Mit der Forderung Wimpfheimers, daß jeder Abnehmer grundsätzlich zu den gleichen Bedingungen kaufen könne wie die Masse der übrigen, sei nichts gewonnen; denn dem Monopolinhaber könne nicht zugemutet werden, z. B. einem Gelegenheitskunden von zweifelhafter Zahlungsfähigkeit dasselbe Zahlungsziel einzuräumen, wie guten und anerkannt kreditwürdigen Kunden; auch sei der Inhalt des abzuschließenden Vertrags zweifelhaft, wenn das vorhandene Warenquantum nicht zur Befriedigung aller Interessenten ausreiche. Endlich lasse Wimpfheimer außer acht, daß oft genug die Beherrschung des Markts nicht von Monopolisten, sondern von Organisationen der Abnehmerseite (Warenhauskonzern u. dgl.) erfolge, und daß man folgerichtig auch hier den Kontrahierungszwang annehmen müsse, was aber ernstlich nicht vertreten werden könne. Isay kommt

also zu dem Ergebnis, der generelle Kontrahierungszwang setze eine Schematisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse und eine staatliche Regelung aller Ein- und Verkaufsbeziehungen voraus, wie sie mit dem heutigen Wirtschaftssystem unvereinbar sei; ohne diese Regelung bleibe der Kontrahierungszwang inhaltlos und undurchführbar; er sei nicht notwendig, weil die heutige Wirtschaft nach einem automatischen Gleichgewicht der Kräfte tendiere. Diese Kritik Isays ist nicht berechtigt. Wenn auch der Monopolinhaber ein Interesse hat, seine Ware abzusetzen, so kann das Problem mit einem Appell an dieses Interesse keineswegs erledigt sein. Der Monopolist vermag immer einer mehr oder minder ansehnlichen Zahl solcher, die der Monopolware dringend bedürfen, die Lieferung zu verweigern, ohne seinen Geschäftsbetrieb zu gefährden, sodaß schon hier der „natürliche Kontrahierungszwang" versagt. Sollten es auch Ausnahmen sein, so darf man sich doch nicht mit Hilfslösungen von Einzelfall zu Einzelfall begnügen; das Problem muß von Grund auf zur Lösung gebracht werden. Und der rechtliche Kontrahierungszwang als Korrelat jeder Monopolstellung ist die allein brauchbare Lösung. Freilich kann sich der Monopolinhaber demselben dadurch entziehen, daß er die Produktion einstellt. Dies bleibt ihm unbenommen und beweist nichts gegen den Kontrahierungszwang. Die Allgemeinheit wird sich schon — unter Umständen durch gesetzgeberische Maßnahmen — zu schützen wissen, wenn es sich um Einstellung der Produktion lebensnotwendiger Gegenstände handelt. Ebensowenig lassen sich aus den Schwierigkeiten bei Festsetzung der Bedingungen des abzuschließenden Vertrags Bedenken gegen den Vertragszwang herleiten. Die Forderung Wimpfheimers, jeder Abnehmer soll zu den gleichen Bedingungen kaufen können wie die Masse der übrigen, ist als Grundsatz durchaus berechtigt. Damit ist nicht gesagt, daß ein kreditunwürdiger Kunde Anspruch auf die gleiche Behandlung wie ein kreditwürdiger Kunde habe. Denn der Grundsatz ist nach den Bedürfnissen des Einzelfalles abzuwandeln; es bleibt aber: gleiche Behandlung bei gleichen Voraussetzungen. Der weitere Einwurf Isays, oft liege die wirt-

schaftliche Macht bei Abnehmerorganisationen und hier sei dann gerechterweise auch ein Vertragszwang angebracht, beruht auf einer Verkennung des Begriffs „Monopol". Auf der Abnehmerseite kann wohl nie von einem Monopol gesprochen werden, weil es ein Verfügungsrecht über Wirtschaftsgüter voraussetzt. Hier liegt die Parallele zum Produktionszwang: ebenso wie kein Produktionszwang besteht, besteht kein Abnahmezwang. Wird aber durch Aufhören der Abnahme die Allgemeinheit gefährdet, so muß sie wie bei Einstellung einer lebenswichtigen Produktion besondere Maßnahmen ergreifen[1]). Schließlich fällt der Vorwurf Isays, Wimpfheimer werde dem heutigen Wirtschaftssystem nicht gerecht, weil der Kontrahierungszwang in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung einen Fremdkörper bilde, auf ihn selbst zurück. Denn die heutige Wirtschaftsordnung darf nicht mehr als „individualistisch-kapitalistisch" bezeichnet werden. Wir befinden uns schon stark im Übergang zu einer „gebundenen", man kann sagen „sozialen" — nicht „sozialistischen" — Wirtschaftsordnung, wie überhaupt ein Übergang vom individualistischen zum sozialen Rechtsdenken sich vollzieht. Die Einzelpersönlichkeit, der Mensch, ist nicht mehr letztes Lebensziel, sondern die Gemeinschaft. Und in der gebundenen Wirtschaftsordnung mit den Konzernen, Kartellen, Trusts, Syndikaten u. dgl. ist zur Verhinderung von Schädigungen der Gemeinschaft ein Zwang zum Vertragsabschluß eine Notwendigkeit. Deshalb ist auch die dargelegte Rechtsprechung des Reichsgerichts so sehr zu begrüßen und wegen der von ihr gegebenen Lösung des Problems ein erfreuliches Zeichen der Kraft und Gesundheit unseres Rechtslebens.

---

1) Ein Beispiel bieten neuerdings die Maßnahmen der Reichsregierung zur Hebung des Verbrauchs an Inlandweizen (Vermahlungszwang) und Inlandsroggen (staatl. Ankäufe).